

Gerhard Thole

Hofübergabevertragsverhältnis
auf nicht-rechtsgeschäftlicher
Grundlage?

Hofübergabevertragsverhältnis auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage?

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Referendar Gerhard Thole
aus Vechta (Oldb)

1960



1. Berichterstatter: Professor Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Professor Dr. Kaser

Dekan: Professor Dr. Wolff

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juni 1959

Abkürzungsverzeichnis

AcP.	= Archiv für die civilistische Praxis
BAG	= Bundesarbeitsgericht
Betr.Ber.	= Der Betriebs - Berater
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DGWR	= Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DR.	= Deutsches Recht
DRiZ.	= Deutsche Richter - Zeitung
DRZ.	= Deutsche Rechts-Zeitschrift
Dt. Just.	= Deutsche Justiz
Fam. RZ.	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
HO	= HÖfeordnung vom 24. April 1947
HÜV	= Hofübergabevertragsverhältnis
Jher.J.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristen - Zeitung
LVO	= Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen vom 2. Dezember 1947
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Nds.Rpfl.	= Niedersächsische Rechtspflege
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Recht	= Das Recht
REHG	= Entscheidungen des Reichserbhofgerichtes
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
Seuff.Arch.	= J.A. Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte
Schmollers J.	= Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft

- | | |
|--------------------|---|
| SJZ | = Süddeutsche Juristenzeitung |
| Z.Ak.DR. | = Zeitschrift der Akademie für
Deutsches Recht |
| Z.f. ges. Staatsw. | = Zeitschrift für die gesamte
Staatswissenschaft |

Schrifttumsverzeichnis

- Ballerstedt Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, in AcP Bd. 151, S. 501 ff
(I) +)
- " Besprechung von Simitis "Die faktischen Vertragsverhältnisse", in AcP 1958, 117 ff. (II)
- Bärmann Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, 1948
- Baumecker Handbuch des gesamten Reichserbhofrechts, Köln 1935
- Baur Die Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen (Bd. 10 bis 12 der amtlichen Sammlung), in JZ 54, 630 f.
- Berg Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten, in Studium und Praxis, 1957, 121 ff.
- Betti Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse, in Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, I. Band, S. 253 ff.
- Blomeyer Allgemeines Schuldrecht, 1953 (I)
- " Anmerkung zum Urteil des V. Zivilsenates des BGH vom 14.7.1956, in MDR 57, 153 f. (II)

+) Autoren, die mit mehreren Titeln vertreten sind, werden in der vorliegenden Arbeit in der Weise zitiert, dass an die Stelle des Titels der zitierten Fundstelle jeweils die römische Ziffer tritt, die sich im Schrifttumsverzeichnis geklammert hinter Titel und Fundstelle befindet. So bedeutet z.B. Ballerstedt I S.502: Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, in AcP Bd. 151, S. 502.

- Bosch Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 9.2.1955, in FamRZ 1955, 172 (I)
- " Die Regelung der Nachlassverbindlichkeiten im Erbhofrecht, Bonn 1934 (II)
- Brammer Begriff und Rechtsnatur des Übergabevertrages nach der Höfeordnung vom 24.4.1947, Diss. Kiel 1950
- Bücker Der Übergabevertrag nach der Höfeordnung vom 24. April 1947 für die britische Zone, Diss. Münster 1948
- Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, 2. Teil, Göttingen 1798
- Clasen Sind die Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) auch auf das bloss tatsächliche Beschäftigungsverhältnis anwendbar? in Dt.Just. 1941, 967 f.
- Dietz Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 2. Aufl., 1955
- Dölle Aussergesetzliche Schuldpflichten, in Z.f.d.ges.Staatsw., 1943, 67 ff.
- Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1836
- Eichler Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts; 1. Halbband, Tübingen 1952; 2. Halbband, Tübingen 1955, 14. Aufl.
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen 1954, 14. Aufl.
- Erman Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947 (I)
- " Handkommentar zum BGB, 2. Aufl., 1958 (zitiert: Westermann i. Erman)

- Esser Lehrbuch des Schuldrechts, 1949 (I)
- " Besprechung von Haupt "Über faktische Vertragsverhältnisse", in Schmollers J. 66. Jg. (1942), 23 ff. (II)
- " Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse", in AcP 1958, S. 86 ff. (1.Heft) (III)
- Fellner-Fischer Kommentar zum Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, 3. Aufl., 1956
- Fischer, Robert Die faktische Gesellschaft, in NJW 55, 849 ff.
- Fischer, Walter Gesetz und Recht, Sammlung in Deutschland nach dem 8.5.1945 erlassener Rechtssätze mit Erläuterungen
- Gerckens Zum Missbrauch der Testierfreiheit in der Landwirtschaft, in FamRZ 1955, 163 f.
- Gernhuber Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, 1957, 151 ff.
- Haegelé Hof-Übergabe und Hof-Vererbung in den Westzonen, Stuttgart und Köln 1949
- Hageböck Die normative Bedeutung der Verkehrssitte in § 242 BGB und ihr Verhältnis zu den ergänzenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, Diss. Göttingen 1933
- Hamburger Treu und Glauben im Verkehr, 1930
- Hartmann Kommentar zur Höfeordnung für Rheinland-Pfalz vom 7.10.1953, 1954
- Haupt Über faktische Vertragsverhältnisse, in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, hrsg. von der Leipziger Juristen-Fakultät, 1941 (I)
- " Anmerkung zum Urteil des OLG Danzig vom 4.12.1942, in ZAkDR 43, 238 f. (II)

- Hein Übergabeverträge und Reichserbhofrecht, Diss. Bonn 1938
- Herminghausen Formlos bindende Hofzusagen, in DNotZ 58, 115 ff.
- Herschel Das rechtliche Wesen der Hofesübergabe, in AcP 142, 341 ff.
- Hueck Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der OHG, in AcP Bd. 149, S. 1 ff (I)
- " Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., 1951 (II)
- " Die Auflösung eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, in Betr.Ber. 52, 263 f. (III)
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band, Lieferung 1 bis 3, bearbeitet von Hueck, 1955
- Humbert Die formlose Bestimmung des Hoferben, in NJW 56, 1857 ff. (I)
- " Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 14.10.1957, in DNotZ 58, 162 ff. (II)
- Kipp-Coing Erbrecht, 10. Aufl., 1955
- Krause, Hermann Schweigen im Rechtsverkehr, 1933
- Krause, R. Kann eine formmangelhafte Verfügung von Todes wegen rechtsgültig sein? in FamRZ 1955, 161 ff.
- Krüger Arbeitsrecht, in der Schriftenfolge "Die Verwaltung", hrsg. von Giese, 1955
- Lange-Wulff Die Höfeordnung vom 24. April 1947, Kommentar, 4. Aufl., 1954
- Lange Übergabevertrag nach der Höfeordnung, in Neue Wirtschafts-Briefe, Fach 23, S. 31 ff.

- Larenz Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, in NJW 1956, 1897 ff. (I)
- " Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allg. Teil, 2. Aufl., 1957 (II)
- " 2. Band, Bes. Teil, 2. Aufl., 1957 (III)
- " Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", in MDR 54, 515 ff. (IV)
- " Besprechung von Simitis "Die faktischen Vertragsverhältnisse", in NJW 58, 862 f. (V)
- " Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund, DRiZ. 58, 245 (VI)
- Leopold Testamentsrecht, Berlin 1939
- Lehmann Das "faktische" Vertragsverhältnis, in Jher.J., 90. Band, S. 131 ff. (I)
- " Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 9. Aufl., 1955 (II)
- " Faktische Vertragsverhältnisse, in NJW 1958, 1 ff. (III)
- Lorenz Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, in AcP Bd. 156, S. 381 ff.
- Matthiessen Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen? in DGWR 1938, 213 ff. (I)
- " Anmerkung zum Urteil des Reichsarbeitsgerichtes vom 15.6.1938, in JW 38, 2426 f. (II)
- Meyer, E.H.Wilh. Der Übergabevertrag, Köln 1935 (I)
- " Zum Begriffe des Übergabevertrages, in JW 34, 2442 f.

- Mitarbeiterverlaut- in Hannoversche Rechtspflege 1947,
barungen zur Höfe- Sonderbeilage zu Heft 5, S. 14
ordnung
- Nickol Die Höfeordnung der britischen Be-
satzungszone, in MDR 47, 144 ff.
- Nikisch Arbeitsrecht, 1. Band, 2. Aufl.,
1955
- Nipperdey Faktische Vertragsverhältnisse, in
MDR 57, 129 f.
- Palandt Kommentar zum BGB, 16. Aufl., 1957
- Pikalo Anmerkung zum Beschluss des V. Zi-
vilsenates des BGH vom 16.2.1954,
in RdL 1954, 193 ff.
- Planck Kommentar zum BGB, 4., zum Teil
5. Aufl., 1913/38
- Pritsch Genehmigung und Zustimmung im Höfe-
recht (brit. Zone), in DNotZ 1951,
297 ff.
- Puchta Über die rechtliche Natur der bäuer-
lichen Gutsabtretung, 1837
- Reichsgerichtsrä- herausgegeben von Reichsgerichtsrä-
te-Kommentar ten und Bundesrichtern, 10. Aufl.,
1953/56
- Reinicke, G. und D. Anmerkung zum Beschluss des V. Zi-
vilsenates des BGH vom 9.2.1955,
in NJW 55, 1065 (I)
- " " " " Formvorschrift, Treu und Glauben und
Schadensersatz, in MDR 54, 641 ff.
(II)
- Riedel Die Rechtsprechung in Landwirt-
schaftssachen im Jahre 1954, in JZ
55, 109 ff.
- Riezler Venire contra factum proprium, 1912

- Roemer Zur formlosen Hoferbenbestimmung in der Rechtsprechung des BGH, in DNotZ 1957, 283 ff.
- Rötelmann Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 16.2.1954, in RdL 1954, 311 f. (I)
- " Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 16.2.1954, in NJW 1954, 1644 f. (II)
- " Anmerkung zum Beschluss des X. Zivilsenates des OLG Hamm vom 26.4.1950, in RdL 50, 263 f. (III)
- Ruland Das Innenverhältnis der nichtigen offenen Handelsgesellschaft, Diss. München 1941
- Runde, Christian
Ludwig Die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altenteile auf deutschen Bauerngütern nach gemeinen und besonderen Rechten, Oldenburg 1805
- Runde, Justus
Friedrich Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Göttingen 1817, herausgegeben von Christian Ludwig Runde (1. Aufl. 1891)
- Sambraus Erbfolge kraft Höferechts und freie Bestimmung des Hoferben, in SchlHanz. 1947, 281 ff.
- Schetter Die Neuordnung des Bodenverkehrsrechtes, in SJZ 47, 370 ff.
- Schlegelberger-
Vogels Kommentar zum BGB, Berlin 1939 (unvollständig erschienen)
- Schneble Von den Grenzen der Testierfreiheit nach der Höfeordnung, Diss. Kiel 1950
- Scholz Formnichtigkeit und Arglistenrede, in NJW 50, 81 ff.
- Schulte Formlose Bestimmung des Hoferben, in RdL 1956, 177 ff. (I)

- Schulte Ist beim Abschluss eines Übergabevertrages Vertretung des Hofeigentümers zulässig? in RdL 50, 157 ff. (II)
- " Erbvertrag und Übergabevertrag, in RdL 51, 29 f. (III)
- " Anmerkung zum Beschluss des V. Zivilsenates des BGH vom 30.1.1951, in RdL 51, 129 f. (IV)
- " Die Genehmigung des Übergabevertrages nach der Höfeordnung, DNotZ 51, 53 ff (V)
- " Formlose bäuerliche Übergabe- und Erbverträge, in NJW 58, 361 ff. (VI)
- " Formlose bäuerliche Übergabe- und Erbverträge, in NJW 58, 820 f. (VII)
- Schumacher Sittenwidrige Testamente, in FamRZ 56 261 f.
- Schumann Faktische Personalgesellschaft und Feststellungsklage, in DR 43, 265 ff. (I)
- " Lebensverhältnisse der faktischen Personengesellschaft, in DR 43, 1193 ff. (II)
- " Handelsrecht, Bd. I, Wiesbaden, o.J. (III)
- " Die faktische Gesellschaft, in Der Jurist 1953, 209 ff. (IV)
- Sellmann Kommentar zum Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, 1954
- Seybold Anmerkung zum Beschluss des Erbhofgerichts beim OLG Stuttgart vom 6.6.1934, in JW 34, 2166
- Siebert Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.10.1951, in MDR 52, 287 ff. (I)
- " Die "faktische Gesellschaft", in Festschrift für Hedemann, 1938, S. 266 ff. (II)

- Siebert Artikel "Arbeitsvertrag" im Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. I S. 376 ff., 1956 (III)
- " Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, in Deutsches Arbeitsrecht 1937, 305 ff., 338 ff. (IV)
- " Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934 (V)
- " Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 41) (VI)
- Sievers Die Grenzen erbrechtlicher Verfügungen, Diss. Erlangen 1937
- Simitis Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957
- Soergel Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 1952, 1. Bd., Allg. Teil und Recht der Schuldverhältnisse Allg. Teil
- v. Staudinger Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1954/58, soweit erschienen; imübrigen 9./10. Aufl.
- Stein Die Hofübergabe als vorweggenommene Erbfolge in der bäuerlichen Lebensordnung, Diss. Münster 1939
- Tasche Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss, in Jher.J., 90. Band, S. 101 ff.
- Kommentar zum HGB (früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichtes), 2. Band, 1950 bearbeitet von Weipert
- Wesenberg Zum Stand der Diskussion um die Faktischen Vertragsverhältnisse, in DRiZ 1953, 19 f.
- Westermann Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl., 1956

- Wieacker Stillschweigende Hoferbenbestimmung?
in DNotZ 1956, 115 ff. (I)
- " Hoferbenbestimmung durch schlüssiges
oder sozialtypisches Verhalten?,
FamRZ 1957, 287 ff. (II)
- " Leistungsbeziehungen ohne Verein-
barung, in ZAKDR 1943, 33 ff. (III)
- " Zur rechtstheoretischen Präzisierung
des § 242 BGB, in Recht und Staat
193/194, 1956 (IV)
- " Anmerkung zum Urteil des V. Zivilse-
nates des BGH vom 14.7.1956, in JZ
57, 61 f. (V)
- " Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,
Göttingen, 1952 (VI)
- Wöhrmann Das Landwirtschaftsrecht der briti-
schen Zone, Kommentar 1951 (I)
- " Der Hofesübergabevertrag nach dem
Reichserbhofgesetz, Berlin 1935 (II)
- " Hofesübergabeverträge nach dem Reichs-
erbhofgesetz, in JW 34, 76 ff. (III)
- Wolff, H. Die faktische Gesellschaft, in MDR 52
535 ff. (I)
- " Über faktische Vertragsverhältnisse,
in NJW 53, 1250 f. (II)
- Wulff Zur Rechtsnatur des Übergabevertra-
ges, in RdL 52, 113 ff.
- Lange-Wulff siehe unter Lange-Wulff

G l i e d e r u n g .

Kapitel I

Darstellung und Abgrenzung des

Problems, S. 23.

A) Die Problemstellung, S. 23.

- I.) Nach herkömmlicher Auffassung kommt ein Hofübergabevertragsverhältnis (HÜV.) ausschließlich durch übereinstimmende Willenserklärungen, d.h. durch Vertragsschluß, zustande, S. 23.
- II.) Das wird seit einiger Zeit für die Fälle angezweifelt, in denen sich der Hofanwärter unter Duldung des Hofeigentümers mit seinem ganzen Leben endgültig auf die spätere Übernahme des Hofes eingerichtet hat (sog. Hoferbfolgefälle), S. 24.
- III.) Abzulehnende Lösungsvorschläge für diese Hoferbfolgefälle, S. 28.
 - 1.) Ausgleichsansprüche (§§ 611, 705, 812), S. 28.
 - 2.) Schadensersatzansprüche (§§ 826, 249), S. 30.
 - 3.) Mißbrauch der Testierfreiheit, S. 31.
- IV.) Die Lösung des Bundesgerichtshofes, S. 32.
 - 1. Die Hauptlösung, S. 32
 - a) Der BGH nimmt einen ausnahmsweise gemäß § 242 formlos wirksamen Hofübergabevertrag an, S. 32.

- b) Gegen diese Lösung sind wegen ihres fiktiven Charakters Bedenken anzumelden. Auch der BGH hat solche, S. 35.
- 2.) Die Hilfsbegründung des BGH: Die tatsächlichen Verhältnisse bringen ohne Rücksicht auf ihren Erklärungsgehalt ein HÜV. zustande, S. 36.
- V.) Das Problem: Kann ein HÜV. ohne Vertragsschluß entstehen? S. 38.

B) Die Abgrenzung des Problems, S. 40.

- I.) Der Erbvertrag scheidet aus der grundsätzlichen Betrachtung aus, S. 40.
- II.) Beschränkung der Erörterungen auf das Recht der Hofeordnung (HO), S. 40.
 - 1.) Örtlich, S. 40.
 - 2.) Zeitlich, S. 40.
 - 3.) Sachlich, S. 41.

Kapitel II

=====

Begriff, Rechtsnatur und Form des

=====

Hofübergabevertrags, S. 42.

=====

A) Das Verhältnis der HO zum Erbrecht des BGB, S. 42.

- I.) Der Inhalt der Normen der HO, S. 43.
- II.) Die HO als lex specialis, S. 44.

B) Der Begriff des Hofübergabevertrages, S. 45.

- I.) Die Bedeutung des Begriffs für den vorliegenden Zusammenhang, S. 45.
- II.) Die tatsächlichen Ursachen und der typische Inhalt des Übergabevertrags, S. 45.

III.) Die Ansicht des Reichsgerichts, S. 46.

IV.) Die Ansicht der HO, S. 48.

V.) Eigene Ansicht: Begriffswesentlich ist lediglich eine Vereinbarung über die Hofübertragung mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge, S. 48.

C) Die Rechtsnatur des Hofübergabevertrags, S. 49.

I.) Die Bedeutung der Rechtsnatur für den vorliegenden Zusammenhang, S. 49.

II.) Geschichtlicher Rückblick, S. 50.

III.) Die Ausgestaltung des Übergabevertrages in § 7 HO, S. 52.

1.) Er bestimmt den "Hoferben", S. 52.

2.) In ihm können zugleich die Abfindungsansprüche der weichenden Erben gestaltet werden, S. 53.

IV.) Der Übergabevertrag als Rechtsgeschäft unter Lebenden, S. 54.

1.) Er wird unter Lebenden vollzogen, S. 54.

2.) Er wird im Wege rechtsgeschäftlichen Einzenvollzuges durchgeführt, S. 55.

V.) Mittelbarer Schluß aus § 17 III HO auf die Natur des Übergabevertrages, S. 57.

D) Die Form des Übergabevertrages, S. 57.

I.) Grundsätzlich sind die für Rechtsgeschäfte unter Lebenden geltenden Bestimmungen auf den Übergabevertrag anzuwenden, S. 57.

II.) Eine Anwendung der Formvorschrift des § 2276 - als Ausnahme von dem Grundsatz - kommt nicht in Betracht, S. 58.

III.) Danach ist § 313 die für Übergabeverträge geltende Formvorschrift, S. 58.

Kapitel III (1. Hauptteil)

Untersuchung der Frage, ob die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund für HÜVe. zur Verfügung stellt, S. 60
=====

A) Allgemeines, S. 60.

B) Darstellung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen unter dem Gesichtspunkt ihres Entstehungsgrundes, S. 62.

I.) Der Entstehungsgrund der faktischen Gesellschaft, S. 65.

- 1.) Der Begriff der faktischen Gesellschaft, S. 65.
- 2.) Die Ansicht Sieberts, S. 67.
- 3.) Die Ansicht Simitis', S. 68.
- 4.) Die Ansicht Haupts und Schumanns, S. 71.
- 5.) Eigene Ansicht: Entstehungsgrund ist der Vertrag, der im Wege restriktiver Gesetzesanwendung aufrechtzuerhalten ist, S. 72.

II.) Der Entstehungsgrund des Arbeitsverhältnisses, S. 76.

- 1.) Das Problem: Vertrags- oder Eingliederungstheorie, S. 76.
- 2.) Eigene Ansicht: Vertragstheorie, S. 77.
- 3.) Auch beim durchgeführten mangelhaften Arbeitsverhältnis bleibt der Vertrag die Rechtsgrundlage, S. 78.

III.) Der Entstehungsgrund der Vertragsverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge, S. 80.

- 1.) Das Problem: Vertragsschluß oder bloßes Verhalten, S. 80.
 - 2.) Das Wesen des Vertragsschlusses, S. 81.
 - a) Der Ausgangspunkt des BGB: Der Vertragsschluß ist Mittel des Interessenausgleichs, S. 81.
 - b) Die Voraussetzungen hierfür sind im Bereich der Daseinsvorsorge nicht gegeben, S. 81.
 - 3.) Die Ansicht Lehmanns und Nipperdeys, S. 83.
 - 4.) Die Ansicht Sieberts, S. 84.
 - 5.) Eigene Ansicht: Die bei der Daseinsvorsorge bestehende Gesetzeslücke ist durch die Anerkennung des sozialtypischen Verhaltens als Entstehungsgrundes auszufüllen, S. 87.
- C) Auswertung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen im Hinblick auf die Frage, ob ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage entstehen kann, S. 91.
-
- I.) Eine Anwendung der Rechtsgrundsätze der faktischen Gesellschaft und des faktischen Arbeitsverhältnisses kommt nicht in Betracht, S. 92.
 - 1.) Dogmatisch: In den vorliegenden Erbfolgefällen liegt kein mißglückter Vertragsschluß vor, S. 92.
 - 2.) Unterschiedliche Interessenlage, S. 93.
 - II.) Eine Ausweitung oder sinngemäße Anwendung des für die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge geltenden Entstehungsgrundes kommt nicht in Betracht, S. 96.
 - 1.) Formal begründeter Analogieschluß? S. 96.
 - 2.) Unterschiedliche Interessenlage, S. 98.

- 3.) In den vorliegenden Hoferbfolgefällen liegt keine Gesetzeslücke vor, S. 101.
 - 4.) Das sozialtypische Verhalten ist ein allgemein gültiger Entstehungsgrund; hier ist lediglich ein solcher für Ausnahmefälle erforderlich, S. 103.
 - 5.) Begrenzte Beachtlichkeit der Willensrichtung bei den Hoferbfolgefällen - im Gegensatz zur Daseinsvorsorge, S. 104.
 - 6.) Die Formfrage, S. 105.
- III.) Die durch die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen vermittelte allgemeine Erkenntnis, S. 107.

Kapitel IV (2. Hauptteil)

=====

Treu und Glauben als Entstehungsgrundlage für
Hofübergabevertragsverhältnisse, S. 112.

=====

A) Allgemeines, S. 112.

- I.) Der Geltungsbereich von Treu und Glauben, S. 112.
- II.) Die drei Funktionsschichten von Treu und Glauben, S. 113.
- III.) Die Anwendung von § 242 im Hinblick auf den Entstehungsgrund und die Formvorschrift, S. 114.

B) Treu und Glauben als Entstehungsgrundlage für HÜVe, S. 115.

- I.) Erweiterung der pflichtbegründenden Kraft des § 242, S. 115.
 - 1.) Die Funktionen des § 242 nach herkömmlicher Auffassung, S. 115.

- a) Die pflichtbegründende Kraft des § 242, S. 115.
 - aa) Nebenpflichten, S. 115.
 - bb) Die culpa in contrahendo als selbständiges Schuldverhältnis, S. 117.
 - cc) Sonstige Pflichten, S. 120.
 - b) Treu und Glauben als formale Basis für fallweise erfolgende Durchbrüche durch Gesetzesrecht, S. 120.
- 2.) Die Erweiterung der pflichtbegründenden Kraft des § 242 unter gleichzeitiger Durchbrechung des Gesetzesrechts und die Ersetzung des rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für HÜVe. durch einen nicht-rechtsgeschäftlichen, S. 124.
- a) Treu und Glauben müssen bei der Lösung der vorliegenden Hoferbfolgefälle wirksam sein, S. 124.
 - b) Die Natur des Übergabevertrages steht dem nicht entgegen, S. 124.
 - c) Treu und Glauben als solche bilden die Entstehungsgrundlage. Die Berechtigung hierzu folgt aus dem richtig verstandenen Treu-und-Glauben-Prinzip, das bisweilen auch gegenüber Tatbeständen wirksam ist, die sich rechtlich nicht als Schuldverhältnis darstellen, S. 126.
- II.) Die Bedeutung der Formvorschrift des § 313 bei nicht-rechtsgeschäftlichem Entstehungsgrund für HÜVe., S. 132.
- 1.) § 313 steht der Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für HÜVe. entgegen, S. 132.
- a) Das Problem, S. 132.
 - b) Die Funktionen des § 313, S. 133.

- aa) Die allgemeine soziale Bedeutung des Grund und Bodens, S. 133.
 - bb) Die konkreten Zwecke des § 313, S. 134.
 - cc) § 313 verfolgt diese Zwecke mit Rücksicht auf die soziale Bedeutung des Grundeigentums, S. 134.
 - c) Diese Zwecke können bei einem nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund für HÜVe. nicht mit § 313 erreicht werden; deshalb steht der in § 313 zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers der Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage entgegen, S. 135.
- 2.) In Ausnahmefällen steht § 313 der Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für HÜVe. nicht entgegen, S. 138.
- a) Die Überwindung des Formmangels bei einem formfehlerhaft abgeschlossenen Hofübergabevertrag mit Hilfe von § 242, S. 138.
 - aa) Grundsätzliches, S. 138.
 - bb) Die Entwicklung der Rechtsprechung, S. 138.
 - cc) Die Ansicht des Schrifttums. Eigene Auffassung, S. 142.
 - dd) Ebenso wie bei einem gewöhnlichen Grundstücksveräußerungsvertrag vermag § 242 auch bei einem Hofübergabevertrag den Formmangel zu überwinden, S. 143.
 - b) Der für formfehlerhafte Vertragsschlüsse entwickelte Rechtsgrundsatz vom Ausschluß der Nichtigkeitsfolge gemäß § 242 vermag auch in den vor-

liegenden Fällen die Formvorschrift des § 313 ausnahmsweise zu überwinden, S. 146.

aa) Der Rechtsgrundsatz faßt die gesamte Sach- und Interessenlage ins Auge; eine solche Fragestellung ist auch in den vorliegenden Hof-erbfolgefällen möglich, S. 146.

bb) Die als Folge der Anwendung des Rechtssatzes eingetretene Relativierung der Bedeutung der Willenseinigung und darüber hinaus deren Zurückdrängung durch Fiktionen rechtfertigen es, den Rechtssatz auch dann anzuwenden, wenn keine Willenseinigung vorliegt, S. 150.

III.) Rechtstheoretisch einheitliche Prüfung, ob ein HÜV. gemäß § 242 anzuerkennen ist, S. 154.

1.) Zusammenfassung der zweifachen Anwendung des § 242 - im Hinblick auf die Ersetzung des Vertragsschlusses und die Überwindung des Formmangels - zu einer einheitlichen Fragestellung, S. 154.

2.) In allen Fällen, in denen kein formgerechter Hofübergabevertrag vorliegt, ist zu prüfen, ob gleichwohl zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse ausnahmsweise ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage gemäß § 242 anzuerkennen ist, S. 155.

IV.) Die Grenzen in der Anerkennung eines HÜVes. gemäß § 242, S. 156.

1 a) Treu und Glauben als solche sind entscheidend, S. 156.

b) Die Frage der Rechtssicherheit, S. 158.

2.) Begrenzte Beachtlichkeit der Willensrichtung des Hofeigentümers, S. 160.

- a) Kein HÜV. bei kundgetanem entgegenstehenden Willen, S. 160.
 - b) Die Möglichkeit, die Entstehung eines HÜVes. auf der Grundlage von § 242 zu verhindern, S. 161.
 - 3.) Kein Wegfall des einmal gemäß § 242 entstandenen HÜVes. bei nachträglich veränderter Sachlage, S. 163.
 - 4.) Die Verkehrssitte im vorliegenden Zusammenhang, S. 166.
 - a) Ihre grundsätzliche Bedeutung, S. 166.
 - b) Ihr Inhalt im Einzelfall, S. 167.
 - C) Die Stellung des auf der Grundlage von § 242 entstandenen HÜVes. in der Gesamtrechtsordnung, S. 168.
-

- I.) Das Bürgerliche Recht findet Anwendung, soweit die nicht-rechtsgeschäftliche Natur des Entstehungsgrundes dem nicht entgegensteht, S. 168.
 - 1.) Grundsätzliches, S. 168.
 - 2.) Geschäftsfähigkeit; Willensmängel; §§ 271, 315, 2289; allgemeines Erb- und Höferecht, S. 169.
- II.) Das gemäß § 242 entstandene HÜV. im Rahmen der HO, S. 172.
 - 1.) Ehegattenhöfe, § 8 HO, S. 172.
 - a) § 8 II HO, S. 172.
 - b) § 8 III HO, S. 174.
 - 2.) Mehrere Höfe, § 9 HO, S. 175.
- III.) Die Anerkennung eines HÜVes. auf der Grundlage von § 242 bedeutet nicht die Schaffung eines weiteren landwirtschaftlichen Sonderrechtssatzes, S. 176.

Kapitel V
=====

Altenteile und Abfindungen bei einem gemäß
§ 242 entstandenen HÜV, S. 173.
=====

A) Grundsätzliches, S. 179.

B) Das Altenteil des Übergebers und seines Ehegatten,
S. 181.

I.) Die Entstehung der Verpflichtung des Überneh-
mers zur Leistung des Altenteils, S. 181.

II.) Die Bestimmung des Inhalts der Verpflichtung
zur Altenteilsleistung, S. 182.

1.) Kein gesetzliches Altenteil, S. 182.

2.) Kein ortsübliches Altenteil, S. 183.

3.) Keine Bestimmung durch die Landwirt-
schaftsgerichte, S. 184.

4.) Bestimmung durch den Übergeber gemäß
§ 315, S. 184.

C) Die Abfindungen der weichen Erben, S. 187.

I.) Die grundsätzliche Wirkung des § 2289 bei
einem gemäß § 242 entstandenen HÜV, S. 188.

II.) Restriktive Auslegung des § 2289, soweit er
einer nachträglichen Bestimmung der Abfin-
dungen seitens des Übergebers durch einsei-
tige Verfügung von Todes wegen entgegen-
steht, S. 189.

III.) Analoge Anwendung von § 17 II und III HO,
S. 194.

1.) § 17 II HO, S. 195.

2.) § 17 III HO, S. 196.

K a p i t e l I

=====

Darstellung und Abgrenzung des Problems.

=====

A.) Die Problemstellung.

- I.) Nach dem Recht des BGB kommt ein Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen, d.h. durch Angebot und Annahme zustande, §§ 145 ff. BGB. Dabei müssen die Vertragspartner geschäftsfähig und ihre Willenserklärungen frei von Mängeln sein, §§ 104 ff. 116 ff. ^{1.)} Ferner ist die durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form zu beachten, §§ 125 ff

Diese Bestimmungen gelten ohne Rücksicht auf den jeweiligen Vertragstyp. Kauf und Erbvertrag, dingliche Einigung und Ehe, Gesellschaft und Adoption: Sie alle bedürfen, so verschieden auch Gegenstand und Zweck dieser Verträge jeweils sind, zur Begründung der mit ihnen verbundenen Rechtswirkungen eines Angebotes und seiner Annahme.

Dies gilt auch für den Hofübergabevertrag, ^{2.)}
wie ihn die Höfeordnung vom 24.IV.1947 (HO) ^{3.)}

-
- 1.) Im folgenden bedeuten §§ ohne Zusatz solche des BGB.
 - 2.) In Rechtsprechung und Schrifttum gibt es eine Fülle von Bezeichnungen für den Hofübergabevertrag: Abgabekontrakt, Ansatzkontrakt, Eintuungsvertrag, Gutsabtretungsvertrag, Gutsüberlassungsvertrag, Kaufvertrag (!), Kindskauf, Verschreibung, Übertragsvertrag, Gutsansatzvertrag, Hofverlassvertrag. In der vorliegenden Arbeit wird im Anschluss an § 7 I HO lediglich die Bezeichnung (Hof-) Übergabevertrag verwendet.
 - 3.) Die Höfeordnung ist von der ehemaligen britischen Militärregierung für das Gebiet der britischen Besatzungszone als Anlage B der Militärregierungsverordnung Nr. 84, die ihrerseits auf dem Kontrollratsgesetz Nr. 45 beruht, erlassen worden. Demgemäss ist ihr örtlicher Geltungsbereich beschränkt auf die heutigen Bundesländer Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein. Vgl. Lange-Wulff S. 11.

regelt. Der Hofübergabevertrag ist nach seinem typischen Inhalt - vorläufig-dahin zu charakterisieren, dass sich in ihm der Hofeigentümer verpflichtet, den Hof zu seinen Lebzeiten im Wege vorweggenommener Erbfolge auf den Übernehmer zu übertragen, wobei dieser gleichzeitig die Verpflichtung übernimmt, die anderen Abkömmlinge abzufinden und den Übergeber sowie dessen Ehegatten bis ans Lebensende zu versorgen (Altenteil).^{4.)} Ein Hofübergabevertrag kann also nur durch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung begründet werden, die zudem, da es sich um die Veräußerung von Grundstücken handelt, formbedürftig ist.

II.) Hinsichtlich dieser Auffassung vom Zustandekommen eines Hofübergabevertrages sind jedoch in letzter Zeit Zweifel laut geworden. Diese beziehen sich auf die Frage, ob ein Hofübergabevertrag, genauer: ein Hofübergabevertragsverhältnis (HÜV) ^{5.)}

-
- 4.) Das Altenteil wird bisweilen auch als Leibzucht, Leibgedinge oder Verlehnt bezeichnet.
- 5.) Terminologisch und sachlich ist zu beachten, dass in letzter Zeit immer mehr der "Vertragsschluss", der in der rechtsgeschäftlichen Willenseinigung der Parteien besteht, von dem als Ergebnis des Vertragsschlusses zustande gekommenen "Vertragsverhältnis" unterschieden wird. Vgl. u.a. Haupt I S. 7; Nikisch S. 143; Simitis S. 85 ff.; Wieacker III S. 33. Eine derartige Differenzierung ist einmal deshalb gerechtfertigt, weil sich der Inhalt eines Vertragsverhältnisses nicht notwendig mit dem von den Parteien beim Vertragsschluss Gewollten deckt; denn ein Vertragsverhältnis enthält auch noch die gesetzlich festgelegten Rechtswirkungen, und zwar ohne einen darauf gerichteten Willen der Parteien. Zum anderen ist sie deshalb angebracht, weil das Gesetz seit längerer Zeit Vertragsverhältnisse kennt, die nicht nur durch übereinstimmende Willenserklärungen, sondern auch durch andere Vorgänge, z.B. durch Verwaltungsakt (Mietverhältnis) begründet werden können. Eine Differenzierung in diesem Sinne ist auch in unserem Zusammenhang für den Hofübergabevertrag erforderlich. Wenn somit im folgenden

auch auf eine andere als rechtsgeschäftliche Weise begründet werden kann. In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, ob neben dem rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund für HÜVe., dem Vertragschluss im Sinne des BGB, möglicherweise auch ein Entstehungsgrund anderer Art anzuerkennen ist.

Den Ausgangspunkt derartiger Überlegungen bilden Sachverhalte, die im Bereich des bäuerlichen Lebens immer wieder anzutreffen sind.^{6.)} Und zwar handelt es sich dabei rechtlich um die Frage der Nachfolge in den Hof. Allgemein lassen sich die Fallgestaltungen, die hier gemeint sind, folgendermassen umschreiben: Ein Abkömmling eines Hofeigentümers oder auch eine andere Person - beide werden im folgenden einheitlich als "Hofanwärter" bezeichnet - hat sich mit seiner ganzen Lebensführung endgültig darauf eingestellt, den Hof später einmal zu übernehmen. Das kann auf verschiedene Weise geschehen sein. Meistens wird der Hofanwärter sein ganzes Leben auf dem Hof gearbeitet und dortselbst eine Familie gegründet haben. Er hat von früher Jugend an nur eine landwirtschaftliche Berufsausbildung erhalten. Möglicherweise hat er auch in der Erwartung, er werde den fraglichen Hof bekommen, einen anderen Hof ausgeschlagen. (Dasselbe kann auch der Ehegatte des Anwärters getan haben.) Dabei hat er dann durchweg darauf verzichtet, sich für seine Arbeit irgendwie entlöhnen zu lassen, ausser viel-

vom Hofübergabevertragsverhältnis (HÜV.) die Rede ist, so ist damit nicht etwa der Vertragschluss, sondern stets nur das Rechtsverhältnis gemeint, das entweder durch Vertragsschluss oder - was zu untersuchen den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet - durch andere Vorgänge entstanden ist.- Sinngemäss gilt das auch für die übrigen erwähnten Rechtsverhältnisse wie Arbeitsverhältnis, Gesellschaftsverhältnis usw.

leicht mit einem geringen Taschengeld. Er kann - in seltenen Fällen wird das vorkommen - ausser seiner wertschaffenden Arbeitskraft andere Mittel - Geld, Sachwerte - gewinnbringend in den Hof investiert haben. Auch der Ehegatte des Hofanwärters kann in dieser Weise auf dem Hofe tätig gewesen sein. Alles das wird in solchen Fällen in der Erwartung geschehen, den Hof später einmal zu Eigentum zu erhalten. Gegenüber dem angeführten Verhalten des Hofanwärters kann der Hofeigentümer seinerseits auf unterschiedliche Art reagiert haben. Von der eindeutigen ausdrücklichen Zusage an den Hofanwärter, er solle den Hof später erhalten, bis zur gegenteiligen Erklärung, dass nämlich eine Übertragung des Hofes auf den betreffenden Hofanwärter nicht in Betracht komme, sind die verschiedensten Möglichkeiten denkbar. In der überwiegenden Zahl derjenigen Fälle, in denen sich der Hofanwärter mit seinem ganzen Leben in tatsächlicher Weise endgültig auf die spätere Übernahme des Hofes eingestellt hat, wird das Verhalten des Hofeigentümers allgemein von der Art gewesen sein, dass der Hofanwärter auf Grund dieses Verhaltens damit rechnen konnte, den Hof später zu erhalten. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Hofeigentümer überhaupt irgendwelche Erklärungen oder Zusagen abgegeben hat. Vielmehr sind auch durchaus Fälle denkbar, in denen der Hofeigentümer das Verhalten des Anwärters zur Kenntnis genommen, also geduldet hat, ohne sich dazu zu äussern.

Ein Sachverhalt von der in Rede stehenden Art hat dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegen.^{7.)} Ein Bauer hatte neun Kinder, von denen vier

7.) BGHZ 12, 286 ff. = RdL 54, 153 ff. = NJW 54, 1241 (Leitsatz) = DNotZ 54, 307 ff. = FamRZ 54, 74 ff. Ein in unserem Sinne typischer Sachverhalt ist auch in RdL 54, 266 wiedergegeben; er entstammt einer nicht veröffentlichten Entscheidung des BGH - V BLw 27/54 - .

im Entscheidungszeitpunkt bereits verstorben waren. Von den überlebenden Söhnen erlernte nur einer den Beruf des Landwirts; die übrigen Söhne gründeten sich ausserhalb des Hofes eine andere Existenz. Der fragliche Sohn war von Jugend an vom Bauern als Hofnachfolger ausersehen, was der Bauer auch des öfteren erklärt hatte. Der Sohn hatte zeit seines Lebens auf dem väterlichen Hof gearbeitet, von dort aus die Landwirtschaftsschule besucht und den Hof, für dessen Bewirtschaftung er von der Wehrmacht nach dreijähriger Dienstzeit auf Betreiben des Bauern als unabhkömmlich entlassen worden war, in den letzten Jahren selbständig bewirtschaftet. Er war auf dem Hof die Ehe eingegangen, aus der fünf Kinder entstammten. Als sich mit zunehmendem Alter des Bauern Spannungen zwischen diesem und dem Hofanwärter ergaben, übertrug der Bauer den Hof auf eine seiner Töchter. Diese war mit einem Landwirt verheiratet, der einen eigenen Hof besass. Der BGH hat die beantragte Genehmigung des mit der Tochter geschlossenen Übergabevertrages abgelehnt.

Was diese Fälle ausser dem tatsächlichen Umstand, dass der Hofanwärter sich mit seiner gesamten Lebensführung unter Duldung des Hofeigentümers endgültig auf die spätere Übernahme des Hofes eingestellt hat, miteinander verbindet, ist der rechtliche Gesichtspunkt, dass eine rechtswirksame Bestimmung des Hofanwärters zum Hoferben - durch formgerechte letztwillige Verfügung oder Übergabevertrag - nicht vorliegt. Der Hofanwärter hat sein Leben auf die Übernahme des Hofes eingerichtet, ohne dass der Hofeigentümer eine Verpflichtung eingegangen ist, die dem Hofanwärter den Hof auch tatsächlich für später sichert. Sofern der Hofeigentümer in solchen Fällen nachträglich noch bereit ist, den Hofanwärter vertraglich zum Hoferben einzusetzen, ist damit eine

rechtlich befriedigende Ordnung der dargelegten Sachverhalte gewährleistet. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Bauer nicht den Hofanwärter, sondern eine andere Person als Hoferben einsetzt oder wenn er den gesetzlichen Erbfall eintreten lässt und der gesetzliche Hoferbe nicht mit dem Hofanwärter identisch ist. In diesen Fällen erhält nicht derjenige den Hof, der sein Leben hierauf unter Duldung des Bauern endgültig eingerichtet hat, sondern jemand anders. Es liegt auf der Hand, dass dies in der Mehrzahl der betreffenden Fälle für den Hofanwärter eine grosse und in ihren Folgen kaum übersehbare Unbilligkeit bedeutet.

III 1.) Um diese zu vermeiden, sind denn auch verschiedene Vorschläge gemacht worden. So schlagen Humbert⁸⁾ Pikalo^{9.)}, Roemer^{10.)} und Wieacker^{11.)} vor, dem Hofanwärter Ausgleichsansprüche zuzubilligen. Die genannten Autoren gehen davon aus, dass der Hofanwärter zwar den Hof zu verlassen hat, wenn der Hofeigentümer jemand anders zum Erben bestimmt. Die damit gegebene Härte wollen sie jedoch dadurch ausgleichen, dass sie die bisherige Tätigkeit des Anwärters durch Zubilligung eines Geldanspruches entlöhnen. Die rechtlichen Konstruktionen, die zur Begründung des Anspruches vorgetragen werden, sind unterschiedlich. Übereinstimmend wird § 611 herangezogen^{12.)}, wobei die Vermutung des § 1618 als widerlegt angesehen werden soll^{13.)}. Auch § 812

8.) Humbert I S. 186o u. II S. 165.

9.) Pikalo S. 195.

10.) Roemer S. 294.

11.) Wieacker I S. 116 Fussnote 4.

12.) Die vorgenannten vier Autoren a.a.O.

13.) Wieacker I S. 116 Fussnote 4.

soll u.U. als Anspruchsgrundlage dienen ^{14.)}. Roemer will zudem noch prüfen, ob möglicherweise eine Gesellschaft (§ 7o5) zwischen Hofeigentümer und Anwärter, ein Bewirtschaftungsvertrag, Pachtvertrag oder ein Vertrag sui generis anzunehmen sei ^{15.)}. Als Berechnungsgrundlage für die Höhe des Anspruches wird von Humbert der für landwirtschaftliche Gehilfen übliche Lohn vorgeschlagen ^{16.)}. Pikalo will mit Hilfe von § 611 oder auch § 7o5 dem Hofanwärter eine Existenzgrundlage bis ans Lebensende und seiner Familie u.U. auch noch über diesen Zeitpunkt hinaus sichern ^{17.)}.

Allein all diese Vorschläge sind wenig überzeugend und rechtlich nicht haltbar. Zunächst ist es schon unbefriedigend, dass der Hofanwärter bei Zugrundelegung der angeführten Konstruktionen ohne weiteres den Hof zu verlassen hat. Wenn man schon mit Fiktionen arbeitet - um solche handelt es sich ausnahmslos -, dann erscheint es sinnvoller, mit diesem Mittel dem Hofanwärter ein Recht zuzubilligen, auf dem Hof zu verbleiben - wenigstens bis an sein Lebensende. Das strebt Roemer durch Anerkennung eines Niessbrauches an dem Hof zugunsten des Hofanwärters an ^{18.)}. Aber sowohl hiergegen wie auch gegen die übrigen Auffassungen ist entscheidend einzuwenden, dass es sich um rechtliche Lösungen handelt, die dem tatsächlichen Sachverhalt nicht gerecht werden. Es entspricht nicht der Sachlage, wenn man die Beziehungen zwischen Hofeigentümer und Hof-

14.) Humbert I S. 186o u. II S. 165; Wieacker I S. 116 Fussnote 4.

15.) Roemer S. 294. Für eine Gesellschaft in Ausnahmefällen auch Pikalo S. 195.

16.) Humbert I S. 186o.

17.) Pikalo S. 195.

18.) Roemer S. 294 im Anschluss an RGJW 37, 3153.

anwärter aus der Rückschau als Dienstvertragsverhältnis ansieht. Das gleiche gilt für die Annahme einer Gesellschaft^{19.)} oder eines der anderen angeführten Vertragstypen. Man könnte allenfalls einen Bereicherungsanspruch bejahen. Aber bei dessen Berechnung würden sich, namentlich unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Bereicherung, kaum überwindbare Schwierigkeiten ergeben^{20.)}. Hinzu kommt, dass die Bedeutung der genannten Ausgleichsansprüche dadurch erheblich vermindert wird, dass sie, soweit sie die Zeit vor der Währungsreform umfassen, der Umstellung 10 : 1 unterliegen^{21.)}. Praktisch würden also die angeführten Lösungsvorschläge dahin führen, dass der Hofanwärter seine bisherige Existenz verlöre. Darüber hinaus würden sie eine erhebliche Belastung des Hoferben zur Folge haben, die vereinzelt sogar einen den Wert des Hofes übersteigenden Umfang annehmen könnte^{22.)}. All das sind Ergebnisse, die nach Möglichkeit zu vermeiden sind.

- 2.) Auch ein auf §§ 826, 249 gestützter Schadensersatzanspruch des Hofanwärters, wie er insbesondere von Reinicke vertreten wird^{23.)}, ist abzulehnen. Sofern der Ersatzanspruch die Übereignung des Hofes bezwecken soll, wird er in der Regel nicht zum

19.) So auch Rötelsmann I S. 311 u. II S. 1645.

20.) Reinicke II S. 643 sprechen in diesem Sinne von "fragwürdigen Bereicherungsansprüchen", die zum Existenzverlust des Hofanwärters führten; das sei ein untragbares Ergebnis.

21.) § 16 I des Dritten Gesetzes zur Neuordnung des Geldwesens (Umstellungsgesetz) v. 27.VI.48. So auch der BGH in BGHZ 23, 255 = RdL 57, 99.

22.) Rötelsmann I S. 311 u. II S. 1645; Pikalo S.195.

23.) Reinicke II. S. 645 u. I S. 1065; auch Pikalo S. 195 und Roemer S. 295 wollen u.U. einen Anspruch aus § 826 gewähren.

Ziele führen; denn es ist unwahrscheinlich, dass der Hofanwärter ohne das sittenwidrige Handeln, das in der Übertragung des Hofes auf einen andern besteht, den Abschluss eines rechtswirksamen Vertrages erreicht hätte. ^{24.)} Abgesehen davon würde der Beweis dieser Tatsachen nur in den seltensten Fällen zu erbringen sein. Ferner ist gegen eine Anwendung des § 826 im vorliegenden Zusammenhang, auch soweit er zur Gewährung von Geldansprüchen führt, einzuwenden, dass diese Bestimmung auf das Verschulden des Hofeigentümers abstellt. Das gesamte bisherige, oft Jahrzehnte umfassende Verhalten des Hofeigentümers wäre also an dem mit § 826 gegebenen Masstab des Verschuldens (Vorsatz) zu messen. Eine derartige rechtliche Betrachtungsweise ist in Fällen der vorliegenden Art überhaupt unbrauchbar; darüber hinaus würde man praktisch ein Verschulden im Sinne des § 826 auch nur ganz selten annehmen können.

- 3.) Endlich führt auch der Gesichtspunkt des Missbrauches der Testierfreiheit ^{25.)} nicht immer

24.) So auch Wieacker II S. 289. Vielfach wird auch die Weigerung des Bauern, einen Hofübergabevertrag abzuschliessen, unter § 826 fallen; denn die Nichteingehung eines Vertrages stellt sich u.U. als eine zum Schadensersatz verpflichtende sittenwidrige Unterlassung dar. Vgl. Enn.-Lehmann § 236 II 1 und RGJW 10, 470. Aber auch unter diesem Gesichtspunkt scheidet § 826 aus den oben im Text angegebenen Gründen aus.

25.) Wie jedes Rechtsgeschäft von Todes wegen, so kann auch eine letztwillige Verfügung über einen Hof oder ein Hofübergabevertrag wegen Sittenverstosses gemäss § 138 nichtig sein. Das ist seit langem anerkannt und, soweit ersichtlich, heute unbestritten. Zur Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen allgemein s. RGR Kom. 1 zu § 2078, Danckelmann i. Palandt 5 b zu § 138, Schumacher i. FamRZ 56, 261 f., BGHZ 20, 71 ff. Zur Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen über Höfe und von Hofübergabeverträgen im besonderen s. aus der umfangreichen Rechtsprechung zuletzt BGHRdL 58, 72

zum erstrebten Ziel, nämlich dem Hofanwärter die Existenzgrundlage auf dem Hof zu erhalten. Hat der Hofanwärter sich unter Duldung des Bauern endgültig mit seinem ganzen Leben auf die spätere Hofübernahme eingestellt, so kann mit Rücksicht auf diesen Sachverhalt eine letztwillige Verfügung oder ein Hofübergabevertrag, in dem jemand anders als der betreffende Hofanwärter zum Hoferben eingesetzt ist, wegen Missbrauches der Testierfreiheit nichtig sein. Die Nichtigkeit bewirkt jedoch lediglich, dass hinsichtlich des Hofes der gesetzliche Erbfall eintritt. Sie hat keineswegs zur Folge, dass der Hof unbedingt an den Hofanwärter fällt. Vielmehr bestimmt das Gesetz, wer in diesem Falle Hoferbe ist. Die Nichtigkeit wegen Rechtsmissbrauches führt also nur dann zu einem befriedigenden Ergebnis, wenn der gesetzliche Hoferbe mit dem Hofanwärter identisch ist ^{26.)}; denn dann erhält dieser mit dem Erbfall den Hof kraft Gesetzes. Ist der gesetzliche Hoferbe jedoch eine andere Person, so würde dem Anwärter der Hof nicht zufallen und er wäre auf etwaige Abfindungsansprüche angewiesen.

IV 1a.) Aus der Erkenntnis heraus, dass weder Ausgleichs- oder Schadensersatzansprüche noch der Ge-

und BGHRdL 54, 155 mit weiteren Verweisungen. Erstmalig hat der BGH hierzu 1954 in RdL 54, 79 Stellung genommen. S. auch OLG Celle in RdL 57, 302 ff. mit zahlreichen Verweisungen. Auch das ehemalige REHG hat namentlich Übergabeverträgen unter dem Gesichtspunkt des Missbrauches der Testierfreiheit die Wirksamkeit versagt, so z.B. REHG 6, 138 und 7, 362. Wulff in Lange-Wulff S. 215 und Lange in Lange-Wulff S. 349, letzterer speziell für Hofübergabeverträge, anerkennen ebenfalls, dass der Hofeigentümer sein freies Bestimmungsrecht missbrauchen kann. Ebenso, freilich zur Vorsicht mahnend, Wöhrmann I S. 129 f. Siehe auch Wieacker I S. 116.

26.) BGHZ 12, 297 = RdL 54, 155; Röttemann II S. 1645.

sichtspunkt des Rechtsmissbrauches den Hofanwärter vor dem Verlust seiner auf die Übernahme des Hofes gegründeten wirtschaftlichen Existenz mit Sicherheit oder auch nur im Regelfall zu bewahren vermögen, ist der BGH einen anderen Weg gegangen. Er erblickt sowohl in dem Verhalten des Hofeigentümers wie auch in dem des Hofanwärters eine schlüssige Willenserklärung. Im Hinblick auf das Verhalten des Hofeigentümers führt der BGH aus (27.):

"Hat ein Hofeigentümer sich so verhalten, dass einer seiner Abkömmlinge sich als Hofnachfolger betrachten konnte, . . . so liegt in einem solchen Verhalten die Kundgabe des Willens, den Hof gerade diesem Abkömmling zukommen zu lassen." Mit dieser rechtlich erheblichen Willensäußerung des Bauern habe sich der betreffende Abkömmling ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt. Auf diese Weise gelangt der BGH zur Anerkennung einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen den Beteiligten, d.h. zu einem Vertragsschluss im Sinne des BGB. Dabei kommt es für die Frage, ob es sich im jeweiligen Einzelfall um einen Erbvertrag, einen Übergabevertrag oder Übergabevertrag handelt, auf die gegebenen Umstände an (28.); im vorliegenden

27.) BGHZ 12, 302 = RdL 54, 157.

28.) Der V. Senat des BGH (Senat für Landwirtschaftssachen) hat sich mit Fällen der vorliegenden Art in den letzten Jahren wiederholt beschäftigt. Erstmals im Jahre 1954 - BGHZ 12, 286 ff. = RdL 54, 153 ff.: Hier hat der BGH einen formlosen Übergabevertrag angenommen. Im Jahre 1957 hat der BGH - BGHZ 23, 249 ff. = RdL 57, 96 ff. - die Möglichkeit eines formlos wirksamen Erbvertrages über einen Hof grundsätzlich anerkannt. In derselben Entscheidung hat er dann auch - ausgehend von einer formlosen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen Eigentümer und Anwärter über die Hoferbfolge - im Hinblick auf die Überwindung des Formmangels in unseren Fällen ganz allgemein erklärt (BGHZ 23, 257 = RdL 57, 99): "Es kann für die Beurteilung auch keinen Unterschied machen, ob

Zusammenhang interessiert - entsprechend dem gestellten Thema - nur der Übergabevertrag. Wesentlich ist mithin, dass der BGH in bestimmten Fällen unserer Art eine auf die Begründung eines Hofübergabevertragsverhältnisses gerichtete rechtsgeschäftliche Vereinbarung annimmt.

Nun bedarf aber ein Hofübergabevertrag, da er eine Grundstücksveräusserung zum Gegenstand hat, der Form des § 313, wie später noch näher auszuführen sein wird. Allein § 313 ist nicht gewahrt, so dass der zwischen Hofeigentümer und Hofanwärter abgeschlossene Hofübergabevertrag wegen Formmangels gemäss § 125 nichtig ist. Demgemäss erörtert der BGH als nächstes, ob dem Formmangel ausnahmsweise gemäss § 242 die Rechtsfolge der Nichtigkeit versagt werden kann. Gelangt der BGH zu einer Bejahung die-

es sich bei der formlosen Vereinbarung um einen Übergabevertrag oder Vorvertrag zu einem Übergabevertrag oder einen Erbvertrag handelt." Der BGH anerkennt hiermit mittelbar, dass in unseren Fällen alle drei Vertragstypen in Betracht kommen können. In anderen Entscheidungen hat der BGH dann seine grundsätzliche Rechtsauffassung weiter begründet und schärfer abgegrenzt. BGHRdL 55, 109 ff.: Ob eine formlos wirksame Vereinbarung vorliege, könne nur nach umfassender Aufklärung des Sachverhalts beurteilt werden; es müsse sich um besonders gelagerte Fälle handeln. BGHRdL 55, 197 ff.: Eine formlos wirksame Vereinbarung könne nicht angenommen werden, wenn kein freies Bestimmungsrecht des Hofeigentümers gegeben sei. BGHRdL 58, 39: Ein formlos wirksamer Erbvertrag könne, sofern ein freies Bestimmungsrecht gegeben sei, auch bei einem dem REG unterliegenden Erbvertrag vorliegen. BGHRdL 58, 72 ff.: Die Frage, ob eine formlos wirksame Vereinbarung über die Hoferbfolge vorliege, brauche nicht geprüft zu werden, wenn die spätere letztwillige Verfügung oder der spätere Übergabevertrag wegen Missbrauches der Testierfreiheit nichtig und der Hofanwärter gesetzlicher Hoferbe sei. Diese Rechtsprechung des V. Senats ist neuerdings vom III. Senat - im Rahmen eines Schadensersatzprozesses - gebilligt worden, BGHRdL 59, 179.

ser Frage, so ist damit ein rechtswirksamer Hofübergabevertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Auf diese Weise erhält der BGH dem Hofanwärter den Hof; denn die Bejahung eines Hofübergabevertrages bedeutet die Gewährung eines auf Überweisung gerichteten Erfüllungsanspruches an den Hofanwärter^{29.)}, so dass diesem der Hof als Existenzgrundlage erhalten bleibt.

- b.) Allein dieser rechtlichen Konstruktion des BGH stehen Bedenken entgegen. Die Begründung, mit der der BGH sein Ergebnis zu rechtfertigen sucht, ist nicht haltbar. Der Gerichtshof geht von einer unzutreffenden Würdigung des Sachverhalts aus. Zwar kommt es bei der Auslegung eines Sachverhalts stets auf den Einzelfall an. Dennoch wird man allgemein sagen dürfen, dass in der Mehrzahl der Fälle, die der BGH auf die dargelegte Weise zu lösen anstrebt, eine rechtsgeschäftliche Willenseinigung zwischen den Beteiligten nicht vorliegt. Wir befinden uns hier unter Bauern, die ihren Willen sehr genau kennen^{30.)}. Ein Hofeigentümer weiss heute im allgemeinen, dass er sich bezüglich der Hoferbfolge nur durch formgerechte Rechtsgeschäfte binden kann.^{31.)} Deshalb ist er sich auch bewusst, dass etwaigen Erklärungen oder schlüssigen Handlungen noch keine bindende Wirkung zukommt. Man wird also aus ihnen nur in den seltensten Fällen auf einen gegenwärtigen rechtlich erheblichen Willen schliessen dürfen. Liegt somit zumindest auf seiten des Hofeigentümers eine Willenserklärung nicht vor, so ist auch die Annahme eines rechtsgeschäftlichen Vertragsschlusses verfehlt. Ein solcher liesse sich allenfalls

29.) So ausdrücklich der BGH in BGHZ 23, 258 = RdL 57, 100.

30.) Wieacker I S. 122.

31.) So auch Humbert I S. 1857.

im Wege einer Fiktion aufrechterhalten 32.)

- 2.) Dieser Einsicht scheint sich auch der BGH nicht ganz verschlossen zu haben. Neben den dargelegten Ausführungen über die ausnahmsweise Wirksamkeit eines formlos abgeschlossenen Übergabevertrages stellt er nämlich noch andere rechtliche Erwägungen an, die offenbar als Hilfsbegründung 33.) für das von ihm gefundene Ergebnis gedacht sind. Danach soll es auf den Willen der Beteiligten, namentlich aber auf den des Hofeigentümers nicht ankommen. Diese Rechtsansicht von der Unbeachtlichkeit des Willens kommt wiederholt - gleichsam als Tendenz - zum Ausdruck. So sagt der BGH an einer Stelle, dass eine Bindung des Hofeigentümers durch

32.) Die Ansicht, dass ein tatsächlicher Wille des Hofeigentümers, der sich rechtlich als Willenserklärung darstellt, in unseren Fällen nicht vorliegt, wird von zahlreichen Autoren geteilt. So spricht Coing i. Staudinger Vorbem. II 6 b u c. vor § 116 (S. 583 f.) im Hinblick auf den Beschluss des BGH in BGHZ 12, 286 ff. davon, dass "der Geschäftswille mehr oder weniger deutlich nur fingiert" werde. Humbert I S. 1859 sagt, dass es sich in unseren Fällen gar nicht um einen echten Formmangel handele, auf den der Bauer sich nicht berufen könne, ohne gegen Treu und Glauben zu verstossen, "sondern um einen bewussten Mangel im Willen des Bauern, der einen Übergabevertrag . . . gar nicht oder jedenfalls noch nicht schliessen" wolle. Auch Reinicke I S. 1065 u. II S. 644 erklären, dass in unseren Fällen "ein Bauer sich nicht binden" wolle. Riedel S. 110 spricht von einem "unterstellten" (Erb-) Vertrag. Roemer S. 288 führt aus, dass "eine rechtsgeschäftliche Einigung . . . nicht erfolgt" sei. Endlich bemerkt Wieacker I S. 122 noch, dass das Verhalten des Hofeigentümers "nicht als ausdrückliche oder schlüssige Bekundung eines gegenwärtigen Übergabe . . . willens gedeutet werden" könne.

33.) Schulte VI S. 363.

die tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich auf dem Hof entwickelt und lange Zeit bestanden hätten, sowie insbesondere durch das eigene Verhalten des Hofeigentümers eingetreten sei ^{34.)}. In demselben Beschluss heisst es an einer anderen Stelle: "Diese Entwicklung der Dinge ist . . . auf die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander nicht ohne Einfluss geblieben" ^{35.)}. Hieraus sowie aus dem Hinweis auf die sogenannte faktische Gesellschaft ^{36.)} geht hervor, dass ausschlaggebend für die Frage des Bindungseintritts die tatsächlichen Verhältnisse sein sollen. Am klarsten hat der BGH diese seine Ansicht gelegentlich einer Auseinandersetzung mit Humberts Bedenken ^{37.)}, es läge kein wirklicher Wille des Bauern vor, formuliert ^{38.)}: "Dass Vertragsverhältnisse nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch durch tatsächliche Vorgänge, nicht bloss durch auf die Rechtsfolgen gerichtete rechtsgeschäftliche Erklärungen begründet werden können, hat der BGH . . . anerkannt (für den Bereich der Daseinsvorsorge, der Verf.). Die im Bauernstand seit langem verbreitete Übung, die Erbfolge in den Hof schon bei Lebzeiten bindend zu regeln, legt eine Übertragung der Gedankengänge von den Erscheinungen des Massenverkehrs auf typische Vorgänge auf dem Gebiete des Höferechts nahe. Auch wenn man davon ausgeht, dass jeder Bauer - von geringen Ausnahmen abgesehen - heute weiss, dass er seinen Hofnachfolger, wenn nicht die gesetzliche Erbfolge eintreten woll, nur durch Testament, Übergabevertrag oder Erbvertrag bestimmen kann und dass diese

34.) BGHZ 12, 298 = RdL 54, 156 (1. Spalte).

35.) BGHZ 12, 299 = RdL 54, 156 (2. Spalte).

36.) BGHZ 12, 304 = RdL 54, 157 (2. Spalte).

37.) Humbert I S. 1857 ff.

38.) BGHZ 23, 261 = RdL 57, 100 (2. Spalte).

Rechtsgeschäfte formbedürftig sind, so kann doch ein Sachverhalt gegeben sein, der die Annahme einer vertraglichen Bindung rechtfertigt." Hier wird also vom BGH klar ausgesprochen, dass eine "vertragliche Bindung", dh. für uns: ein HÜV, unter Umständen auch durch blosser "tatsächliche Vorgänge" begründet werden könne. Eine eingehendere Begründung für diese grundlegend neue Rechtsanschauung über das Zustandekommen eines HÜVes. gibt der BGH nicht. Er verweist lediglich auf seine eigene Rechtsprechung zum Bereich der Daseinsvorsorge, innerhalb deren Vertragsverhältnisse ohne Vertragsschluss entstehen können^{39.)}; hierauf wird später noch im einzelnen einzugehen sein. Ferner bezieht er sich noch auf die von Larenz^{40.)} und Tasche^{41.)} vertretenen Ansichten über die Entstehung von Vertragsverhältnissen; auch hierauf wird weiter unten noch zurückzukommen sein.

- V.) Nach alledem kann in den Fällen, in denen der Hofanwärter unter Duldung des Bauern sein Leben endgültig auf die spätere Übernahme des Hofes eingerichtet hat, eine rechtsgeschäftliche Willenseinigung zwischen Bauer und Anwärter durchweg nicht angenommen werden. Es mag zwar vereinzelte Sachverhalte geben, in denen man eine Willenseinigung bejahen kann, ohne sich mit dieser Annahme allzu weit von der Lebenswirklichkeit zu entfernen. In der grossen Mehrzahl der einschlägigen Fälle kann aber von einem rechtlich erheblichen Willen im Sinne einer Willenserklärung schlechthin nicht die Rede sein. Gleichwohl haben alle diese Fallgestaltungen das für die Rechtsordnung hochbedeutsame

39.) BGHZ 21, 319 ff. = NJW 56, 1475 f. = JZ 57, 61 f.; ferner BGHZ 23, 175 ff. = JZ 57, 275 ff.

40.) Larenz I S. 1897 ff. u. II § 4.

41.) Tasche a.a.O.

Moment an sich, dass das Rechtsgefühl aller, namentlich aber das der bauerlichen Bevölkerung ^{42.)}, die Anerkennung einer Bindung des Hofeigentümers zugunsten des Anwärters, d.h. die Anerkennung eines HÜVes., verlangt. Diesem Rechtsempfinden gilt es nach Möglichkeit Rechnung zu tragen, und zwar dadurch, dass untersucht wird, ob die gletende Rechtsordnung Mittel und Wege kennt, in solchen Fällen trotz fehlender Willenseinigung zur Anerkennung eines HÜVes. zu gelangen.

Das Problem, das es in dieser Arbeit zu untersuchen gilt, kann nunmehr dogmatisch genauer umrissen werden. Es besteht darin, ob ein HÜV. ohne rechtsgeschäftliche Willenseinigung zwischen Hofeigentümer und Hofanwärter zustande kommen kann. Hierbei sind zwei Unterfragen zu unterscheiden. Einmal die, ob überhaupt ein nicht-rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund anzuerkennen ist. Diese Frage kann jedoch nicht beantwortet werden, ohne dass gleichzeitig im Hinblick auf die nicht-rechtsgeschäftliche Natur des etwaig anzuerkennenden Entstehungsgrundes der für den Hofübergabevertrag bestehende Formzwang erörtert wird. Die für den Übergabevertrag in Betracht kommende Form (s.u. S. 58) dient in erster Linie dem Schutz vor übereilter Willensbildung der Beteiligten. Es ergibt sich aber die Frage, welcher Sinn dieser Formvorschrift noch beizumessen ist, wenn es auf den Willen nicht mehr ankommt. Bedeutet die Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage insofern also die Aushöhlung der Formvorschrift?

42.) Vgl. Rötelsmann I S. 311 u. II S. 1644;
kritisch hierzu Herminhausen S. 116.

B.) Die Abgrenzung des Problems.

Das zu behandelnde Problem bedarf noch nach zwei Seiten hin einer schärferen Abgrenzung.

- I.) Erstens scheidet der Erbvertrag aus der grundsätzlichen Betrachtung aus. Durch ihn wird zwar ebenso wie durch den Hofübergabevertrag der Hoferbe bestimmt. Darüber hinaus weisen beide Vertragstypen auch noch andere verwandte Züge auf, so dass des öfteren Hinweise und Vergleiche erforderlich und nützlich sein werden. Auch können möglicherweise gewisse bezüglich eines etwaigen nichtrechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für HÜVe. erarbeitete Ergebnisse auf den Erbvertrag Anwendung finden. Gleichwohl erlaubt es aber die grundsätzlich unterschiedliche Natur beider Vertragstypen - Rechtsgeschäft unter Lebenden und von Todes wegen (s.u. S. 56) - sowie ihre verschiedene äussere Form (s.u. S. 58) nicht, sie gleichzustellen, so dass auch eine gleichzeitige Behandlung des aufgeworfenen Problems für beide Verträge nicht in Betracht kommt.
- II.) Die vorliegende Arbeit hat lediglich das Recht der Höfeordnung zum Gegenstand. Das bedeutet im einzelnen:
 - 1.) Die Gültigkeit der erarbeiteten Ergebnisse beschränkt sich auf den örtlichen Geltungsbereich der HO.
 - 2.) In zeitlicher Hinsicht erstrecken die Ausführungen sich lediglich auf diejenigen Hofübergabevertragsverhältnisse, die nach dem Recht der HO, nicht aber nach dem des Reichserbhofgesetzes oder anderer früherer Höfegesetze zu beurteilen sind. Für welche Fälle das zutrifft, braucht nicht untersucht zu werden, da es eine Frage des Verfahrensrechtes

ist (vgl. § 58 LVO).

- 3.) Sachlich bezieht sich die vorliegende Arbeit nur auf Höfe im Sinne der HO, § 1 HO. Es scheiden also aus solche landwirtschaftlichen Besitzungen, die nicht Höfe gemäss § 1 HO sind. Und ferner bleiben alle übrigen Vermögensgegenstände wie Fabriken, Handelsgeschäfte, Handwerksbetriebe usw., die gleichfalls durch Übergabevertrag im ganzen übertragen werden können, ausser Betracht ^{43.)}.

43.) Zu der Frage, ob die Probleme und ihre Lösungen spezifisch höferechtlicher Art sind, vgl. die Ausführungen unten S. 176 f.

K a p i t e l I I

Begriff, Rechtsnatur und Form des Hofübergabever- trages.

Der Hofübergabevertrag ist ein Vertragstyp besonderer Art. Seine begriffliche Deutung ist heute unter der Geltung der HO ebenso schwierig wie früher. Bevor wir untersuchen, ob ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage zur Entstehung kommen kann, ist es erforderlich, den Hofübergabevertrag rechtlich näher zu charakterisieren. Dazu bedarf zunächst das grundsätzliche Verhältnis der den Hofübergabevertrag regelnden HO zum allgemeinen, namentlich dem Erbrecht des BGB einer genaueren Bestimmung. Ferner ist der Begriff des Hofübergabevertrages zu ermitteln; denn lässt man ein HÜV. ohne eine darauf gerichtete Willenseinigung der Parteien entstehen, so ergibt sich die Frage, was als Inhalt des so zustande gekommenen HÜVes. anzusehen ist. Enthält dieses nur die begriffswesentlichen Rechte und Pflichten oder darüber hinaus auch noch anderweitige Bestimmungen? Des weiteren muss die Rechtsnatur des Hofübergabevertrages aufgezeigt und im Zusammenhang damit die für ihn in Betracht kommende Formvorschrift bestimmt werden; denn sowohl die Rechtsnatur wie auch die Form sind von Bedeutung für das zu behandelnde Problem.

A.) Das Verhältnis der HO zum Erbrecht des BGB.

Die Einordnung des Hofübergabevertrages in den Rahmen der Gesamtrechtsordnung ist abhängig von dem Verhältnis der HO, die den Übergabevertrag regelt, zum allgemeinen, namentlich zum Erbrecht des BGB.

I.) Was den Inhalt der HO betrifft, so enthält diese - im Unterschied zum Reichserbhofgesetz vom 29. IX. 1933 - lediglich solche Vorschriften, die sich mit der Erbfolge in Höfe im Sinne von § 1 HO befassen. Bestimmungen über eine Veräußerung, Verpachtung und Belastung der zum Hofe gehörenden Grundstücke enthält sie nicht ^{1.)}. Lediglich der Hofübergabevertrag, der eine unter Lebenden durchgeführte Grundstücksübertragung zum Gegenstand hat, bildet eine Ausnahme hiervon. Dies erklärt sich aus seiner - weiter unten noch zu erörternden - Doppelnatur, die ihn als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden mit Wesensmerkmalen einer Verfügung von Todes wegen ausweist. Die HO beschränkt sich auf die Regelung der mit der Erbfolge in einen Hof zusammenhängenden Fragen, weil das zur Erreichung ihres rechtspolitischen Zieles ausreicht. Dieses besteht darin, im Interesse der Bevölkerungsernährung und der bäuerlichen Familie eine Zersplitterung und Überschuldung der Höfe im Erbgang zu verhindern ^{2.)}. Die HO erreicht ihr Ziel dadurch, dass sie in § 4 die geschlossene Vererbung des Hofes auf einen Erben, den Hoferben, und in § 12 dessen bevorzugte Behandlung im Verhältnis zu etwaigen Miterben anordnet. So wird vermieden, dass der Hof, wie es bei einer Auseinandersetzung nach dem Erbrecht des BGB leicht der Fall sein könnte, real geteilt oder zu stark belastet wird. Aus dem Gesagten erhellt, dass die HO eine gesetzliche Sonderordnung für Höfe darstellt, die sich mit dem

1.) Diese sind, ebenso wie die Bestimmungen über Zwangsmassnahmen gegen den Hofeigentümer, in dem Kontrollratsgesetz Nr. 45 und der VO Nr. 84 der britischen Militärregierung, beide vom 20. II. 1947, sowie dem Bundesgesetz über das landwirtschaftliche Pachtwesen vom 25. VI. 1952 enthalten.

2.) Lange-Wulff S. 11 f; Wöhrmann I S. 38.

Übergang dieser Höfe von Todes wegen beschäftigt. Die bürgerliche Erbfolge ist durch eine bäuerliche ersetzt worden ^{3.)}. Die HO enthält folglich nur erbrechtliche Normen ^{4.)}.

II.) Deren Verhältnis zu den allgemeinen, insbesondere aber den Bestimmungen des Erbrechts des BGB ist das des speziellen zum allgemeinen Gesetz ^{5.)}. Es ist demnach dahin zu bestimmen, dass die erbrechtliche Regelung des BGB zurückgedrängt wird und nur insoweit angewendet werden kann, als die höferechtlichen Sondervorschriften ihrem Wortlaut oder Sinne nach nicht entgegenstehen. ^{6.)}. Anwendbar bleibt das Bürgerliche Recht also zunächst hinsichtlich der Vermögensgegenstände, die nicht zum Hof gehören. Ferner kann die HO, da sie mit ihren Begriffen auf dem allgemeinen Recht aufbaut, nur auf dessen Grundlage verstanden und ausgelegt werden. Endlich ist die HO als Teil der Gesamtrechtsordnung überhaupt nur in Verbindung mit dieser funktionsfähig. So regelt die HO beispielsweise den Hofübergabevertrag. Das geschieht jedoch nur insoweit, als es für das rechtspolitische Ziel der HO erforderlich ist. Im übrigen unterliegt der Übergabevertrag den Normen des BGB. So finden insbesondere auch, was in unserem Zusammenhang von Bedeutung ist, auf das Zustandekommen von HÜVen. die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen Anwendung. Dementsprechend ist unser Problem in erster Linie auch ein solches des allgemeinen Bürgerlichen und erst danach ein solches des Höferechts. Mit anderen Worten, es ist zu

3.) Schneble S. 50.

4.) Westermann S. 39; Boehmer i. Staud. Einl. § 28 II 2a vor § 1922; Rechenmacher i. Palandt Einl. 2 vor § 1922; Pritsch S. 300; Bucker S. 2; Schneble S. 46 f.

5.) Siehe hierzu allgemein Enn.-Nipperdey § 48 II.

6.) Boehmer i. Staud. Einl. § 28 II 2a vor § 1922; Bucker S. 2; Schneble S. 49.

untersuchen, ob das allgemeine Bürgerliche Recht für das höferechtliche Institut des HÜVes. einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund zur Verfügung stellt.

B.) Der Begriff des Hofübergabevertrages.

I.) Für den Fall, dass ein nicht-rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund anzuerkennen ist, erhebt sich die Frage, was als Inhalt des auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhenden HÜVes. zu gelten hat. Die Beantwortung dieser Frage bereitet keine Schwierigkeiten bei einem durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung begründeten HÜV. Dessen Inhalt ist das von den Parteien Gewollte. Dabei können die Parteien - entsprechend dem auch im Höferecht gültigen Grundsatz der Vertragsfreiheit - den Inhalt frei ausgestalten. Eine Grenze ist ihnen dabei nur insoweit gezogen, als der Inhalt ihrer Vereinbarungen unbedingt die essentialia^{7.)} eines Hofübergabevertrages zu umfassen hat. Es fragt sich nun, was in diesem Sinne begriffsnotwendiger Inhalt eines Hofübergabevertrages ist. Das ist für uns deshalb von Bedeutung, weil auch ein HÜV. ohne Vertragsabschluss mindestens diesen Inhalt hat.

II.) Bei der Beantwortung der Frage nach dem Begriff des Hofübergabevertrages ist von dessen tatsächlichen äusseren Entstehungsursachen und seinem typischen Inhalt auszugehen. Der Übergabevertrag verdankt seine Entstehung einem speziellen Bedürfnis des bäuerlichen Wirtschaftslebens. Der alt und schwach gewordene Bauer hat den Wunsch, seinen Hof, den er infolge Altersschwäche nicht mehr in der gebotenen Weise zu bewirtschaften vermag, an einen

7.) Siehe hierzu allgemein Enn.-Nipperdey § 189 II.

jüngeren und leistungsfähigeren Nachfolger zu übergeben. Das geschieht in der Weise, dass er schon zu seinen Lebzeiten demjenigen, den das Gesetz oder er selbst zu seinem Erben auserwählt hat, den Hof geschlossen übereignet. Dabei ordnet er gleichzeitig auch schon die Abfindungsansprüche seiner sonstigen Erben hinsichtlich des Hofes. Sich selbst und seinem Ehegatten behält er für gewöhnlich einen lebenslänglichen Altenteil vor.

Übergabe-, Altenteils- und Abfindungsregelung bilden mithin den typischen Inhalt eines Hofübergabevertrages ^{8.)}. Damit ist freilich noch nicht gesagt, inwieweit diese typischen Vereinbarungen gleichzeitig auch als begriffswesentlich zu betrachten sind. Gehören zu einem Übergabevertrag Vereinbarungen sowohl über die Hofübergabe wie auch über Abfindungen und Altenteil? Oder kann eine Regelung des Altenteils oder der Abfindungsansprüche oder gar beider fehlen, ohne dass hierdurch der Charakter des Vertrages als eines Hofübergabevertrages beeinträchtigt wird?

III.) Das ehemalige Reichsgericht hat in einer Entscheidung ^{9.)} hierzu ausgeführt: "Man versteht unter einem Übergabevertrag einen Vertrag, durch den Eltern ihr Vermögen, insbesondere ihren Grundbesitz, bei Lebzeiten mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge an einen ihrer Abkömmlinge übergeben und dabei für sich einen ausreichenden Lebensunterhalt . . . und für die ausser dem Übernehmer noch vorhandenen weiteren Abkömmlinge eine Abfindung ausbedingen." Diese Entscheidung ist auch heute

8.) Wulff S. 113, RGZ 118, 17 ff.

9.) RGZ 118, 20.

noch massgebend 10.). Sie bedarf freilich in unserem Zusammenhang einer Einschränkung insofern, als es nicht um das "Vermögen" schlechthin, sondern lediglich um "Höfe" geht. Darüber hinaus kann ein Hofübergabevertrag nicht nur zwischen Eltern und deren Abkömmlingen, sondern allgemein zwischen einem Hofeigentümer und jeder anderen Person geschlossen werden 11.). Während das RG in der angeführten Entscheidung hervorhebt, dass eine Auseinandersetzung zwischen dem Bauern und dem Unternehmer über die Hofübergabe, die Abfindungen und das Alttenteil den "typischen" Inhalt eines Übergabevertrages bilde, führt es in einem späteren Beschluss¹²⁾ aus, dass es auch Übergabeverträge gebe, die einen solchen "typischen" Inhalt nicht aufwiesen. Demgemäss erklärt das RG bei einer anderen Gelegenheit¹³⁾, dass es die "Vorausgewährung des künftigen Erbteils an den Unternehmer" sei, die das "Wesen" des Übergabevertrages ausmache. Das RG sieht also als begriffswesentlichen Inhalt eines Übergabevertrages lediglich die Übertragung des Hofes zu Lebzeiten des Bauern mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge

10.) Ebenso Wöhrmann I S. 226; auch Lange i. Lange-Wulff S. 338 legt diese Definition zugrunde; ebenfalls Haegele S. 5; auch das OLG Celle in Nds.Rpfl. 47, 62 f. erkennt sie als verbindlich an; desgleichen der BGH in RdL 53, 10 f.

11.) H.M.; so Wöhrmann I S. 127 u. 228; Boehmer i. Staud. Einl. § 19 III 4 (S. 112) vor § 1922; Haegele S. 6 Fussnote 6; Sambraus S. 282; Schetter S. 373; Nickol S. 145; Schneble S. 78 ff.; BGH in RdL 51, 96 und 106 Nr. 12 sowie 53, 10 u. 57, 41; OLG Hamm in RdL 49, 71; OLG Oldenburg in Nds.Rpfl. 48, 153; a.A. Wulff in Lange-Wulff S. 213 ff. und auch wohl Lange in Lange-Wulff S. 345.

Will der Bauer seine sämtlichen Abkömmlinge als Hoferben übergehen, so bedarf er hierzu der gerichtlichen Zustimmung gemäss § 7 II HO.

12.) RGZ 128, 198 ff. (204).

13.) RGJW 28, 316.

an. Vereinbarungen über Altenteil und Abfindungen können nach seiner Ansicht fehlen, ohne dass dadurch der Charakter des Vertrages geändert wird.

- IV.) Die HO spricht in den §§ 7, 17 von der Hofübergabe "im Wege vorweggenommener Erbfolge". Andere Begriffserfordernisse für einen Übergabevertrag stellt sie nicht auf. Auch aus § 12 HO, der die Möglichkeit gewährt, in einem Übergabevertrag die Abfindungsansprüche zuregeln, lässt sich nichts anderes entnehmen. Die Bedeutung dieser Vorschrift wird noch zu erörtern sein; keinesfalls lässt sie den Schluss zu, dass eine Vereinbarung über Abfindungen zugunsten der weichenden Erben begriffsnotwendig für einen Übergabevertrag ist.

Die Regelung der HO deckt sich somit im Ergebnis mit der Auffassung des RG. Beide machen die Beantwortung der Frage, ob ein Übergabevertrag vorliegt, ausschliesslich davon abhängig, ob die Parteien die Übertragung des Hofes unter Lebenden im Hinblick auf die künftige Erbfolge vornehmen wollen; Vereinbarungen über Altenteil und Abfindungen sind danach nicht begriffswesentlich.

- V.) Diese Ansicht ist zutreffend. Denn einmal sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Hofübergabe zwar mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge vorgenommen wird, wo aber gleichwohl Vereinbarungen über Altenteil und Abfindungen fehlen, So z.B., wenn der Bauer ausser dem Hof noch sonstiges Vermögen hat und davon seinen Lebensabend bestreiten will oder wenn keine weichenden Erben vorhanden sind. Es ist nicht einzusehen, warum in solchen Fällen kein Hofübergabevertrag zustande gekommen sein soll. Zum anderen entspricht diese Ansicht über den Begriff des Übergabevertrages auch am meisten dessen wirtschaftlicher Bedeutung im bäuerlichen Leben. Erster

und eigentlicher Zweck des Hofübergabevertrages ist es, den Hof in die Hände des Übernehmers gelangen zu lassen. Eine etwaige Vereinbarung über Altenteil und Abfindungen erfolgt lediglich mit Rücksicht auf diesen Eigentumswechsel und in unlösbarem Zusammenhang damit. Die Übertragung des Hofes ist mithin als das Primäre anzusehen. Dieser wirtschaftlichen Betrachtung entspricht die Rechtsansicht, dass begriffswesentlich für einen Übergabevertrag nur eine Vereinbarung über die im Wege vorweggenommener Erbfolge sich vollziehende Hofübertragung ist.^{14.)}

Die Frage nach einem etwaigen nichtrechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund für HÜVe. bedeutet also mit anderen Worten lediglich, ob eine Verpflichtung des Hofeigentümers zur Hofübertragung auf diese Weise zustande kommen kann. Bejaht man das, so ist damit keinesfalls gleichzeitig auch eine Verpflichtung für den Übernehmer zur Leistung des Altenteils und der Abfindungen anerkannt; denn diese Verpflichtungen sind für ein HÜV. nicht begriffswesentlich. Später wird auf die damit zusammenhängenden Fragen noch zurückzukommen sein.

C.) Die Rechtsnatur des Hofübergabevertrages.

- I.) In enger Verbindung mit dem Begriff des Übergabevertrages steht die Frage, ob er, da er im Hinblick auf den künftigen Tod abgeschlossen und unter Lebenden vollzogen wird, als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen zu gelten hat. In unserem Zusammenhang ist das deshalb von Bedeu-

14.) Schulte II S. 157 u. VII S. 820; Lange 1. Lange-Wulff S. 339; Brammer S. 47; BGHRdL 53, 10; 57, 41; OLG Oldenburg in RdL 51, 141 f.; OLG Hamm in RdL 58, 131; wohl auch Wöhrmann I S. 226.

tung, weil diese beiden Rechtsgeschäftsarten sich durch Wirksamkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen wesentlich unterscheiden. Ausserdem hängt davon die für den Übergabevertrag in Betracht kommende Form ab. Demgemäss ist auch die Problematik, die mit der etwaigen Anerkennung eines HÜVes. ohne Vertragsschluss gegeben ist, eine andere, je nachdem, welche Rechtsnatur dem Hofübergabevertrag zukommt.

II.) Für ein besseres Verständnis der von der HO getroffenen Regelung hinsichtlich der Natur des Übergabevertrages ist ein knapper geschichtlicher Rückblick angebracht.

Der Streit um die rechtliche Natur des Übergabevertrages geht bis an den Anfang des vorigen Jahrhunderts zurück. In seinem 1805 erschienenen Werk über die Altenteile stellte C.L. Runde ^{15.)} sich auf den Standpunkt, dass es sich bei den Übergabeverträgen um das "echtdeutsche Institut der erfrühten Erbfolge" handle. Auch der Vater dieses Autors, J.F. Runde ^{16.)}, war - ebenso wie Eichhorn ^{17.)} und Claproth ^{18.)} - der Ansicht, dass die Übergabe eines Bauerngutes zu Lebzeiten des Eigentümers die "wirkliche Erbfolge" vertrete. Diese Auffassungen, die in starkem Masse von der Tatsache bestimmt sind, dass der Hofeigentümer den Übergabevertrag im Hinblick auf seinen künftigen Tod abzuschliessen pflegt, führten dazu, den abgeschlossenen Vertrag als Verfügung von Todes wegen anzusehen. So sagt C.L. Runde ausdrücklich, dass "jener Vertrag (pactum successionis anticipatae)

15.) C.L. Runde S. 314

16.) J.F. Runde S. 487.

17.) Eichhorn S. 884.

18.) Claproth S. 1099.

in die Klasse der Erbverträge" gehöre 19.)

Demgegenüber steht als massgeblicher Vertreter der gegenteiligen Ansicht Puchta, der in seinem 1837 erschienenen Werk zu dem Ergebnis kommt 20): "Der Gutsabtretungsvertrag ist gewöhnlich ein Kauf, und die Annahme eines eigentümlich deutsch-rechtlichen Geschäfts, da wo doch die Erfordernisse eines Kaufs vorhanden sind, widerstreitet dem Wesen der Sache." Puchta sieht also in dem Übergabevertrag ein Rechtsgeschäft unter Lebenden - in der Form des Kaufs. Er musste folgerichtig zu diesem Ergebnis gelangen, da dem römischen Recht, auf dessen Grundlage er den Hofübergabevertrag zu deuten suchte, das deutschrechtliche Prinzip einer erfrühten Erbfolge unbekannt war; im römischen Recht galt der Grundsatz *viventis nulla hereditas* 21)

Das ehemalige Reichsgericht nahm, nachdem die Rechtsprechung zuvor zu keiner einheitlichen Ansicht bezüglich der Rechtsnatur des Übergabevertrages gekommen war 22.), in seinen oben bereits angeführten Entscheidungen 23.) einen vermittelnden Standpunkt ein. Es anerkannte einerseits, dass der Übergabevertrag mit "Rücksicht auf die künftige Erbfolge" abgeschlossen werde; andererseits brachte es jedoch mit seiner Formulierung "bei Lebzeiten des Hofeigentümers . . . übergeben" zum Ausdruck, dass der Übergabevertrag seiner Natur nach als ein

19.) C.L. Runde S. 302 f.

20.) Puchta S. 143.

21.) Stein S. 11; vgl. auch Bückler S. 16 f.

22.) Vgl. z.B. den Plenarbeschluss des Königlichen Obertribunals vom 4.6.1866 in Bd. 55, 285; ferner Ober-Appellationsgericht Oldenburg in Seuff.Arch. Bd. 19, Nr. 52 u. 255; OLG Celle vom 15.II.1896 in Seuff.Arch. Bd. 52, Nr. 88.

23.) RGZ 118, 17 ff. und 128, 198 ff.

Rechtsgeschäft unter Lebenden anzusehen sei.

Denselben Standpunkt vertrat auch das Reichserbhofgesetz, das in § 37 den Übergabevertrag lediglich unter dem Gesichtspunkt der Veräußerung erwähnte. Er galt demnach auch während der Wirksamkeit dieses Gesetzes als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ^{24.)}, das freilich in wirtschaftlicher Beziehung auch zu jener Zeit die Vorwegnahme der Erbfolge beinhaltete ^{25.)}.

III.) Da es sich bei dem Problem der Rechtsnatur des Übergabevertrages um ein solches des jeweils geltenden Rechts handelt ^{26.)}, lässt sich für die Gegenwart die Natur des Hofübergabevertrages nur auf der Grundlage der HO bestimmen. Diese ermöglicht eine neue Betrachtungsweise.

- 1.) Die für den Übergabevertrag entscheidende Bestimmung des § 7 HO lautet: "Der Eigentümer kann den Hoferben durch Verfügung von Todes wegen frei bestimmen oder ihm den Hof im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (Übergabevertrag) übergeben". Die Regelung, dass die Übergabe an den Hoferben ("ihm") erfolgen könne, ist nicht so zu verstehen, als ob der Hof nur an ein Mitglied der gesetzlichen Hoferbenordnung (§ 5 HO) übergeben werden dürfe. Der Hofeigentümer ist, wie bereits erwähnt, nach der HO - im Unterschied zum ehemaligen Reichserbhofgesetz - befugt, den Hof auch auf einen Familienfremden zu übertragen ^{27.)}. Die Bestimmung des § 7 HO besagt

24.) Für viele Wöhrmann II S. 4; Meyer I S. 25.

25.) Baumecker S. 157; Herschel S. 345; RGJW 34, 2166; Bucker S. 27; a.A. Meyer I S. 5

26.) Bucker S. 24 ff; Stein S. 12.

27.) Siehe oben S. 47 mit Fussnote 11.

vielmehr, dass derjenige, der den Hof mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge erhält, "Hoferbe" im erbrechtlichen Sinne wird. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Bauer den Hof an denjenigen überträgt, der im Zeitpunkt der Übertragung ebenfalls kraft Gesetzes, also auch ohne Übergabevertrag Hoferbe sein würde oder an einen anderen. In beiden Fällen wird der Übernehmer Hoferbe kraft des Willens der Parteien^{28.)}.

- 2.) Aber nicht nur im Hinblick auf die Erbenstellung des Übernehmers, sondern auch hinsichtlich der Erbrechte der weichenden Erben wirkt der Übergabevertrag erbrechtsgestaltend. Den Miterben, die nicht Hoferben geworden sind, steht beim Eintritt des Erbfalles an Stelle ihres Erbteiles am Hof ein bestimmter schuldrechtlicher Geldzahlungsanspruch gegen den Hoferben zu, §§ 4, 12 HO^{29.)}. Die Höhe dieser Abfindungsansprüche bestimmt das Gesetz -

28.) A.A. Schulte II S. 158, der meint, dass im Falle der Übergabe an den gesetzlichen Hoferben nur die kraft Gesetzes bereits bestehende "Erbfolge vorweggenommen" werde, dagegen eine "Bestimmung" zum Hoferben nicht erfolge. Schulte übersieht, dass bei einer durch letztwillige Verfügung als Erbe eingesetzten Person, die ohne eine letztwillige Verfügung gesetzlicher Erbe sein würde, die Berufung durch die letztwillige Verfügung den Vorrang genießt. So RGRKom. 2a zu § 1948. Auch Wulff S. 113 spricht davon, dass der Übernehmer die Hoferbenstellung kraft des Willens der Parteien erhalte. Vgl. auch OLG Hamm in RdL 56, 88.

- 29.) Die Abfindungsansprüche werden grundsätzlich mit dem Erbfall fällig; Wöhrmann I S. 163; Sambraus S. 281. Wird der Übergabevertrag allerdings mit einem hoferbenberechtigten Abkömmling abgeschlossen, so tritt die Fälligkeit der den anderen Abkömmlingen zustehenden Abfindungsansprüche bereits mit der Übertragung des Hofes ein, § 17 II HO. Übertragung bedeutet Übereignung; so Lange in Lange-Wulff S. 355; Wöhrmann I S. 242; BGHZ 1, 343.

freilich nur "vorbehaltlich anderweitiger Regelung durch Übergabevertrag", § 12 I HO. Letzteres aber bedeutet, dass der Hofeigentümer die rechtliche Befugnis hat, in einem Übergabevertrag die gesetzlichen Abfindungsansprüche Dritter, nämlich der Miterben, abweichend vom Gesetz unmittelbar zu gestalten^{30.)}. Dem BGB ist eine solche Gestaltung von Rechten Dritter durch Vertrag unter Lebenden nicht bekannt; nur mittels letztwilliger Verfügung ist ein derartiger Eingriff möglich. Folglich hat die HO dem Übergabevertrag im Hinblick auf die Rechte der Miterben die gleiche Wirkung zugelegt, wie sie Verfügungen von Todes wegen besitzen^{31.)}.

IV.) Die in zweifacher Richtung erbrechtsgestaltende Wirkung des Übergabevertrags - Hoferbenbestimmung und Möglichkeit der Abfindungsregelung - rechtfertigt ebenso wie für frühere Höfegesetze auch für die geltende HO die Frage, ob der Hofübergabevertrag seiner Natur nach als eine Verfügung von Todes wegen anzusehen ist. Das würde zur Folge haben, dass er, soweit die HO keine Regelung für ihn getroffen hat, den gesetzlichen Bestimmungen derjenigen letztwilligen Verfügung zu unterstellen wäre, mit der er die meisten Gemeinsamkeiten hat; in Betracht käme hierfür nur der Erbvertrag^{32.)}.

1.) Der Hofübergabevertrag stellt sich nur dann als eine Verfügung von Todes wegen dar, wenn er deren wesentliche Merkmale aufweist. Die bedeutsamste Übereinstimmung zwischen Übergabevertrag und letztwilliger Verfügung liegt in der erbrechtsge-

30.) Lange i. Lange-Wulff S. 273; Wöhrmann I S. 163.

31.) Schulte II S. 158 u. III S. 30; Lange in Lange-Wulff S. 353; Wulff i. Lange-Wulff S. 218; Wöhrmann I S. 240 u. 242.

32.) Vgl. Bucker S. 25.

staltenden Wirkung beider Vertragstypen. Ferner ist für beide Vertragstypen charakteristisch, dass sie ihre inhaltliche Ausgestaltung unter dem Gesichtspunkt des künftigen Todes erfahren. Aber in der Bedeutung, die dieser Umstand für letztwillige Verfügungen einerseits und Übergabeverträge andererseits hat, zeigt sich auch bereits deren rechtliche Verschiedenheit. Während für letztwillige Verfügungen der Eintritt des Todes gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung ist, hat er für Übergabeverträge lediglich die Bedeutung, dass er den Beweggrund für deren Abschluss bildet und ausserdem für ihre inhaltliche Ausgestaltung bestimmend ist ^{33.)}. Dagegen tritt die Wirksamkeit des Übergabevertrages unabhängig von dem Todesfall sofort mit seinem rechtswirksamen Abschluss ein ^{34.)}, d.h. der Übernehmer kann alsdann Erfüllung verlangen.

- 2.) Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal von Übergabevertrag und letztwilliger Verfügung besteht in der Art, wie sich die eigentliche Rechtsänderung: Eigentums-, Forderungsübergang usw. vollzieht. Bei Rechtsgeschäften von Todes wegen geht das Vermögen des Erblassers mit dessen Tod ohne weiteres im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben über. Anders verhält es sich dagegen beim Übergabevertrag. Dieser bildet keinen Fall einer Gesamtrechtsnachfolge, dergestalt, dass mit seinem Abschluss der Hof insgesamt ohne weiteres auf den Übernehmer zu Lebzeiten des Übergebers überginge. Vielmehr ist zunächst für den Eintritt der Rechtswirkungen des Übergabevertrages entscheidend, dass er, entsprechend der grundsätzlichen Regelung des BGB, in ein schuldrechtliches Grundgeschäft und ein dingliches

33.) Siehe hierzu OLG Oldenburg in RdL 51, 129 f.

34.) Bucker S. 32.

Vollzugsgeschäft zerfällt 35.). Dabei ist unter einem Übergabevertrag im Sinne der HO nur das schuldrechtliche Geschäft zu verstehen. Dementsprechend gilt dann für den Eintritt der in einem Übergabevertrag vereinbarten Rechtswirkungen der Grundsatz des rechtsgeschäftlichen Einzelvollzuges. Mit anderen Worten, es ist die Übertragung jedes einzelnen Gegenstandes gesondert in der für ihn gesetzlich vorgeschriebenen Weise erforderlich. 36.)

Diese beiden den Übergabevertrag von einer letztwilligen Verfügung unterscheidenden Merkmale, nämlich seine sofortige Wirksamkeit und sein rechtsgeschäftlicher Einzelvollzug unter Lebenden, machen es erforderlich, ihn trotz gewisser Gemeinsamkeiten mit Verfügungen von Todes wegen als Rechtsgeschäft unter Lebenden einzuordnen 37.). Denn es sind gerade diese beiden Merkmale, die das Wesen des Rechtsgeschäftes unter Lebenden, so wie es vom BGB normiert ist, ausmachen, während sie mit dem Wesen einer Verfügung von Todes wegen nicht in Einklang zu bringen sind 38.). Darüber hinaus wäre eine

35.) Brammer S. 47; Bucker S. 37.

36.) Brucker S. 38.

37.) H.M.; Lange in Lange-Wulff S. 338; Wulff in Lange-Wulff S. 218; Wöhrmann I S. 226; RGR Kom. 5 zu § 2289; Schulte II S. 158; Pritsch S. 302; Rechenmacher 1. Palandt 5 vor § 2274; Bucker S. 37; BGH in RdL 52, 133; OGHZ 2, 163.

38.) A.A. Schneble S. 31 ff., 47, 49. Schneble ist, soweit ersichtlich, der einzige, der für die geltende HO die Ansicht vertritt, es handele sich bei dem Hofübergabevertrag nicht um ein "gewöhnliches Grundstücksveräußerungsgeschäft, sondern um eine letztwillige Verfügung über den Hof in der Form der vorweggenommenen Erbfolge", die sich von einem Erbvertrag "nur durch den Zeitpunkt des Eintritts der Vertragswirkungen" unterscheide. Der Hinweis Schnebles auf den unterschiedlichen Eintritt der Vertragswirkungen ist zutreffend. Soweit er freilich trotz die-

begriffliche Unterordnung des Übergabevertrages unter die letztwilligen Verfügungen auch praktisch unzweckmässig; denn die hiermit notwendig verbundene generelle Anwendung der erbrechtlichen gesetzlichen Einzelregelung auf den Übergabevertrag würde lediglich dazu führen, dass ein grosser Teil der gesetzlichen Bestimmungen von vornherein wieder von der Anwendung ausgeschlossen werden müsste, da diese nur für solche Rechtsgeschäfte geeignet sind, die auch diejenigen Merkmale tragen, die dem Übergabevertrag fehlen.

- V.) Dass auch die HO den Übergabevertrag als Rechtsgeschäft unter Lebenden angesehen wissen will, ergibt mittelbar § 17 III HO. Diese Bestimmung, die ausschliesslich die Zuständigkeitsfrage regelt³⁹⁾, setzt ohne weiteres eine Genehmigungspflicht für Übergabeverträge voraus. Da aber nach dem geltenden Landwirtschaftsrecht Verfügungen von Todes wegen keiner Genehmigung bedürfen^{40.)}, sondern nur Rechtsgeschäfte unter Lebenden, lässt § 17 III HO insoweit bloss die Auslegung zu, dass auch die HO den Übergabevertrag als Rechtsgeschäft unter Lebenden betrachtet.

D.) Die Form des Hofübergabevertrages.

- I.) Ausgehend von der Erkenntnis, dass der Übergabevertrag ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist, ist nunmehr die für ihn geltende Formvorschrift zu

ses Unterschiedes eine letztwillige Verfügung annimmt, kann ihm nicht beigelegt werden; denn es ist u.a. gerade dieser Gesichtspunkt, der die Annahme eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden erforderlich macht.

39.) Pritsch S. 301.

40.) Wohl aber u.U. einer Zustimmung gemäss § 16 I HO.

ermitteln. Dafür ist als Grundsatz zunächst festzustellen, dass auf Übergabeverträge die für Rechtsgeschäfte unter Lebenden geltenden gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden sind ^{41.)}. Nur vereinzelte erbrechtliche Normen des BGB, namentlich die für Erbverträge, sind - als Ausnahmen von dem Grundsatz - mit Rücksicht auf die dem Hofübergabevertrag anhaftenden Wesensmerkmale einer Verfügung von Todes wegen auf diesen analog anzuwenden. So findet z.B. § 2289 entsprechende Anwendung ^{42.)}.

II.) Es fragt sich, ob zu diesen ausnahmsweise auch für den Hofübergabevertrag geltenden erbvertraglichen Bestimmungen die Formvorschrift des § 2276 zählt ^{43.)}. Dass ihre unmittelbare Anwendung nicht zulässig ist, folgt daraus, dass der Übergabevertrag ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist. Aber auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht. Dies würde bedeuten, dass bei der öffentlichen Beurkundung des Übergabevertrages beide Vertragsteile gleichzeitig anwesend sein müssten; ferner wären die Formen für öffentliche Testamente einzuhalten, §§ 2276, 2233 ff. Der Abschluss eines Übergabevertrages vollzöge sich mithin unter denselben äusseren Formalien, die auch für Erbverträge Gültigkeit haben. Das erscheint jedoch wenig sinnvoll. Es ist nicht einzusehen, warum ein Übergabevertrag nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien geschlossen werden soll; seiner Natur als

41.) Dabei ist es in unserem Zusammenhang ohne Bedeutung, unter welchen der verschiedenen positiv-rechtlichen Vertragstypen - Kauf, Schenkung usw. - der Hofübergabevertrag zu fassen ist.

42.) BGH RdL 52, 139 u. 132 ff. mit zustimmender Anm. von Wöhrmann; BGH RdL 51, 129; Schulte III S. 29 f.; Wöhrmann I S. 236; Herminghausen S. 117.

43.) So Schneble S.34, 47, 49. S.o. S.56 Fussnote 38.

einem Rechtsgeschäft unter Lebenden entspricht es vielmehr, ihn in dieser Hinsicht dem allgemeinen Vertragsrecht (§ 128) zu unterstellen. Hinzu kommt, dass die für öffentliche Testamente geltenden Formen für Übergabeverträge grösstenteils nicht geeignet sind. Namentlich würde die Anwendung der massgeblichen Bestimmung des § 2238 mit Rücksicht darauf, dass Übergabeverträge unter Lebenden zu vollziehen sind, keinen Sinn ergeben.

III.) Ist danach eine Anwendung der Formvorschrift des § 2276 auf Hofübergabeverträge weder erforderlich noch überhaupt möglich, so kommt als weitere Formvorschrift nur § 313 in Frage. Da Hofübergabeverträge stets Grundstücksveräusserungen zum Gegenstand haben, ist für deren rechtswirksamen Abschluss die Einhaltung der Form des § 313 erforderlich ^{44.)}

44.) H.M.; Wöhrmann I S. 229; Lange in Lange-Wulff S. 342; Haegele S. 52; Humbert I S. 1859; Fischer 1 zu § 17 HO; Baur S. 631; Bückler S. 53; BGHRdL 57, 98.

Bildet der Hof das gesamte Vermögen des Übergebers und ist der Wille der Parteien auf des- sen Übertragung gerichtet, so gilt § 311, der sich von § 313 lediglich durch die für § 313 beim Formmangel gegebene Heilungsmöglichkeit unterscheidet. Wollen die Parteien aber den Hof, auch wenn er einziger Vermögensbestandteil ist, als besonderen Gegenstand übertragen, so findet § 313 Anwendung; so Wöhrmann II S. 4 u. RGZ 61, 285.

K a p i t e l I I I (1. Hauptteil)

Untersuchung der Frage, ob die Lehre von den fakti-
schen Vertragsverhältnissen einen nicht-rechtsge-
schäftlichen Entstehungsgrund für Hofübergabever-
tragsverhältnisse zur Verfügung stellt.

A.) Allgemeines.

Nachdem der Hofübergabevertrag rechtlich charakterisiert worden ist, gilt es nun, das Problem der Entstehungsgrundlage für HÜVe. im oben (Kap. I) dargelegten Sinne zu untersuchen. Da es sich bei den folgenden Erörterungen nicht um Vorschläge de lege ferenda, sondern darum handelt, zu rechtlichen Erkenntnissen zu gelangen, die gegenwärtig bereits Gültigkeit besitzen, hat Ausgangspunkt unserer Erörterungen die geltende Rechtsordnung, genauer: das geltende (allgemeine und besondere) Vertragsrecht zu sein. Somit ist zunächst zu untersuchen, ob und inwieweit das geltende Vertragsrecht schon bisher vertragliche Rechtswirkungen kennt, die nicht auf einem rechtsgeschäftlichen Vertragschluss der Beteiligten beruhen. Sofern derartige Vertragsverhältnisse anzuerkennen sind, bedarf des weiteren die Frage einer Erörterung, ob diese Rechtsinstitute ihrer Interessenlage und rechtlichen Konstruktion nach so gelagert sind, dass ihr rechtlicher Grundgedanke in Richtung auf die Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen HÜVes. erweiterungsfähig ist.

Dabei können von vornherein ausser Betracht bleiben all die Rechtsbeziehungen vertraglicher oder

vertragsähnlicher Art, bei denen es offensichtlich ist, dass sie in unserem Zusammenhang nicht weiterführen. Das gilt zunächst für die Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff. Bei ihr handelt es sich darum, dass der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen das auftraglose Tätigwerden in fremdem Interesse für sinnvoll hält ^{1.)}, so dass er es - lediglich zum Zwecke der Abwicklung, nicht aber um primäre Leistungspflichten zu begründen - mit vertragsähnlichen Rechtsfolgen ausstattet, ohne dass eine darauf gerichtete rechtsgeschäftliche Willensäußerung vorliegt ^{2.)}. Ferner ist die Gemeinschaft, §§ 741 ff., die sich als ein auf der Tatsache gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit beruhendes vertragsähnliches Schuldverhältnis ^{3.)} darstellt, für uns ohne Erkenntniswert. Endlich brauchen auch diejenigen Vertragsverhältnisse keine Berücksichtigung zu finden, die auf Grund staatlicher Verwaltungsakte zur Entstehung kommen, die sog. diktierten Vertragsverhältnisse ^{4.)}, wie z.B. das Miet- ^{5.)} oder Arbeitsverhältnis ^{6.)}, § 16 Wohnraumbewirtschaftungsgesetz bzw. § 10 II Schwerbeschädigten-gesetz. Zwar haben die genannten Rechtsverhältnisse gemeinsam, dass sie vertraglicher oder wenigstens vertragsähnlicher Art sind; auch liegt ihr Entstehungsgrund nicht in rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Wollte man somit unbedingt einen Anknüpfungspunkt zu unserem Problem herstellen, so

-
- 1.) Enn.-Lehmann § 165 Bem. vor I; Siber b. Planck II vor § 677.
 - 2.) H.M.; so z.B. Gramm i. Palandt 10 zu § 677; Siber bei Planck IV vor § 677; s. auch Enn.-Lehmann § 165 IV.
 - 3.) Siber bei Planck III vor § 741; Gramm i. Palandt 2 zu § 741.
 - 4.) S. hierzu Näheres bei Haupt I S. 33 ff.
 - 5.) Vgl. Fellner-Fischer 3 zu § 16; Simitis S.420 ff
 - 6.) Vgl. Sellmann Note 14 zu § 10.

könnte man diesen allenfalls darin erblicken, dass das Gesetz immerhin vereinzelt Vertragswirkungen kennt, ohne dass ein Vertragsschluss stattgefunden hat. Allein dass das Gesetz selbst auch an andere als rechtsgeschäftliche Vorgänge Rechtsfolgen vertraglicher Art anzuknüpfen vermag, ist selbstverständlich. Die genannten Vertragsverhältnisse - G.o.A., Gem., dikt. Vertragsverh. - unterscheiden sich jedoch einmal dadurch von unserem Problem, dass sie deshalb auf nichtrechtsgeschäftlicher Grundlage zur Entstehung kommen, weil das Gesetz es gerade ausdrücklich so anordnet; im Gegensatz dazu kann ein HÜV. dem ausdrücklichen gesetzlichen Wortlaut zufolge nur durch übereinstimmende Willenserklärungen begründet werden. Hier soll aber gerade untersucht werden, ob neben diesem gesetzlich ausdrücklich normierten Entstehungsgrund für HÜVe. noch ein solcher nicht-rechtsgeschäftlicher Natur anzuerkennen ist. Ferner ist auch die Interessenlage bei der G.o.A., der Gem. und den diktierten Vertragsverhältnissen von der in unseren Fällen vorhandenen gänzlich verschieden. Somit können die genannten Vertragsverhältnisse aus unserer Betrachtung ausscheiden.

B.) Darstellung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen unter dem Gesichtspunkt ihres Entstehungsgrundes.

Von ungleich grösserer Bedeutung in unserem Zusammenhang sind diejenigen Erscheinungen der Rechtsordnung, die für gewöhnlich unter der Bezeichnung "faktische Vertragsverhältnisse" zusammengefasst werden. Der Ausdruck "faktische Vertragsverhältnisse" ist von Haupt ^{7.)} geprägt. Dieser war es

7.) Haupt I S. 8 f.

auch, der sich im Jahre 1941 erstmalig - nach gewissen Vorarbeiten Sieberts ^{8.)} - zusammenfassend mit den damit zusammenhängenden Fragen und Problemen beschäftigte. Seit Haupt nun reisst die Erörterung der faktischen Vertragsverhältnisse nicht ab. Erst in jüngster Zeit haben sich Larenz ^{9.)}, Nipperdey ^{10.)}, Simitis ^{11.)}, Lehmann ^{12.)}, Esser ^{13.)} und Siebert ^{14.)} mit ihnen befasst. Auf der Tagung der deutschen Zivilrechtslehrer im Jahre 1957 waren sie Gegenstand der Erörterung ^{15.)}. Der BGH hat sich in einigen Entscheidungen der letzten Zeit mehrfach auf sie bezogen, so namentlich in den oben bereits genannten Beschlüssen ^{16.)}.

Im folgenden soll erörtert werden, ob diese Lehre von den sog. faktischen Vertragsverhältnissen rechtliche Anknüpfungspunkte enthält, die für unser Problem dergestalt verwertbar sind, dass ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage anerkannt werden kann. Dazu ist es zuvor erforderlich, die Lehre in ihren Grundzügen darzulegen. Freilich braucht dies nur insoweit zu geschehen, als es in unserem Zusammenhang förderlich ist. Demnach können solche Einzelfragen, die zwar im Rahmen der eigentlichen

-
- 8.) U.a. Siebert II u. IV.
 - 9.) Larenz I.
 - 10.) Nipperdey a.a.O.
 - 11.) Simitis a.a.O.
 - 12.) Lehmann III.
 - 13.) Esser III.
 - 14.) Siebert VI.
 - 15.) Hierzu der Tagungsbericht von Habscheid in AcP 1958, 100 ff.
 - 16.) S.o. Seite 37 die in Anm. 34 u. 38 genannten Entscheidungen; ferner BGHZ 21, 319 = NJW 56, 1475 ff. = JZ 57, 61; BGHZ 23, 175 = JZ, 275 ff

Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen bedeutsam sind, hier jedoch nicht weiterführen, unerörtert bleiben. Für das vorliegende Problem ist nur von Belang, ob und ggfs. was die fragliche Lehre über die Entstehungsgründe von Vertragsverhältnissen aussagt, mit anderen Worten, ob nach ihr Vertragsverhältnisse ohne rechtsgeschäftlichen Vertragsschluss entstehen können. Diese Frage ist allerdings, das wird sich weiter unten noch erweisen, die Kernfrage der gesamten Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen. Dabei sind dann gleichzeitig die besonderen Fragen mitzubehandeln, die sich unter dem Gesichtspunkt der Formbedürftigkeit des Hofübergabevertrages ergeben. Sollte also die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen überhaupt einen allgemein oder wenigstens in sonstigen Einzelfällen anwendbaren nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund kennen, so wäre noch die Frage zu prüfen, ob jener auch für solche Vertragsverhältnisse gilt, die wie ein HÜV. nur unter Beachtung von § 313 zur Entstehung kommen können.

Die Vertragstypen, die im allgemeinen unter dem Oberbegriff "faktische Vertragsverhältnisse" zusammengefasst zu werden pflegen, sind einmal die faktische Gesellschaft sowie das faktische Arbeitsverhältnis und zum anderen die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge. Haupt ^{17.)} bezieht auch noch die culpa in contrahendo mit ein. Da diese jedoch weiter unten noch in einem anderen Zusammenhang für uns von Bedeutung sein wird, kann sie schon deshalb von den übrigen faktischen Vertragsverhältnissen getrennt werden und ihre Darstellung später erfolgen; diese Trennung ist darüber hinaus aber auch deshalb gerechtfertigt, weil die rechtliche Proble-

17.) Haupt I S. 9 ff.

matik der culpa in contrahendo nur wenig gemein hat mit der der faktischen Vertragsverhältnisse. Endlich braucht auch das neuerdings stärker in den Vordergrund tretende faktische Mietverhältnis^{18.)} nicht erörtert zu werden; denn dieses gleicht in seiner rechtlichen Struktur weitgehend der faktischen Gesellschaft und dem faktischen Arbeitsverhältnis, so dass es kaum eigenständige Erkenntnisse zu vermitteln vermöchte.

I.) Der Entstehungsgrund der faktischen Gesellschaft.

Zunächst ist die faktische Gesellschaft zu untersuchen, und zwar, wie oben im Hinblick auf die faktischen Vertragsverhältnisse ganz allgemein bereits gesagt, unter dem Gesichtspunkt, ob sich unter ihr möglicherweise ein Gesellschaftsverhältnis auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage verbirgt.

- 1.) Unter einer faktischen Gesellschaft ist eine auf der Grundlage eines mangelhaften (nichtigen oder anfechtbaren) Vertrages beruhende, durch Aufnahme des Geschäftsbetriebes, Bildung eines Gesellschaftsvermögens oder sonstwie tatsächlich ins Leben getretene Gesellschaft zu verstehen.^{19.)}

Wie jeder Vertrag so kann auch ein Gesellschaftsvertrag mit Mängeln verschiedener Art, so namentlich mit Willens- und Formmängeln behaftet sein. Würden auf einen solchen mangelhaften Gesellschaftsvertrag die Vorschriften des Allgemeinen Teils (§§ 116 ff.) angewendet, so hätte das eine von Anfang an wirkende Nichtigkeit des Gesellschafts-

18.) Simitis S. 409 ff.; aber auch Haupt I S. 15 f. hat das Mietverhältnis bereits flüchtig erörtert.

19.) Haupt I S. 17; Schumann IV S. 209; BGHZ 11, 190. Über den weiter gefassten Begriff der faktischen Gesellschaft von Simitis s.u.S. 68 ff.

verhältnisses zur Folge, so dass die inzwischen tatsächlich entstandene Gesellschaft nach Bereicherungs- und Gemeinschaftsrecht rückgängig zu machen wäre. Damit wären jedoch nahezu unlösbare rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten verbunden; denn da die Gesellschaft längere Zeit als solche de facto bestanden hat, würde eine Fülle von Bruchteils- und Einzelberechtigungen, schuld- und sachenrechtlichen Beziehungen zwischen den gegenwärtigen und etwaigen ausgeschiedenen Beteiligten bestehen; ferner wäre ein genereller Verteilungsmasstab für etwaige Gewinne und Verluste nicht vorhanden ^{20.)}. Hinzu kommt, dass die Bereicherungsvorschriften vorzugsweise für Austauschverträge und weniger für gemeinschaftsrechtliche Dauerschuldverhältnisse, wie sie Gesellschaften darstellen, gedacht sind ^{21.)}.

Die Erkenntnis dieser Schwierigkeiten hat denn auch für Kapitalgesellschaften zu einer gesetzlichen Sonderregelung geführt, die an die Stelle der rückwirkenden Nichtigkeit eine Vernichtbarkeit der Gesellschaft ex nunc gesetzt hat, §§ 216 ff. Akt.Ges., §§ 75 ff. GmbH.Ges. Gleichzeitig gilt hinsichtlich der einzelnen Beitrittserklärung der gewohnheitsrechtliche Satz, dass Willensmängel nach der Registereintragung nicht mehr geltend gemacht werden können ^{22.)}.

Für die Personengesellschaften fehlt es an einer entsprechenden Regelung. Nach einer längeren Entwicklung der Rechtsprechung, mit deren Ergebnissen das Schrifttum jeweils im allgemeinen über-

20.) Vgl. Erman I S. 8; Ruland S. 4 ff.; Schumann IV S. 210.

21.) Coing i. Staud. Vorbem. VII 1 vor § 116; Larenz III S. 248; Schumann IV S. 210.

22.) Erman I S. 7; Schumann I S. 266; RGZ 165, 203.

einstimmte ^{23.)}, ist man sich heute überwiegend darüber einig, dass auch für Personengesellschaften eine rückwirkende Geltendmachung der Anfechtungs- und (meisten) Nichtigkeitsgründe nicht in Betracht kommt ^{24.)}. An die Stelle der von Anfang an wirkenden Nichtigkeit ist die Aufhebbarkeit ex nunc, d.h. für die Zukunft getreten, die bei der OHG und KG im Wege der Auflösungsklage gemäss § 133 HGB mit anschliessender Liquidation nach § 145 HGB zu verwirklichen ist. Zweifelhaft und umstritten ist freilich, wie dieses mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht im Einklang stehende Ergebnis gleichwohl gerechtfertigt werden könne ^{25.)}. Denn wenn ein nach den Bestimmungen des BGB mangelhafter Gesellschaftsvertrag die Gültigkeit eines Gesellschaftsverhältnisses - wenigstens bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Mangels - nicht berührt, so ergibt sich doch die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag überhaupt als ausschlaggebend für die Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses anzusehen ist.

- 2.) Das wird in der Tat von Siebert auch verneint.²⁶⁾
Siebert erblickt den tragenden Rechtsgrund für alle

23.) Zur Gesamtentwicklung der Rechtsprechung und des Schrifttums siehe Siebert I S. 287 ff.; Schumann I S. 265 ff. u. II S. 1193 ff.; Erman I S. 9 ff.; Simitis S. 140 ff.

24.) H.M.; u.a. Siebert I S. 288 ff.; Hueck II S. 44 ff.; Schumann III S. 218 ff.; Haupt I S. 16 ff.; Simitis S. 244 ff.; BGHZ 3, 285 ff. (grundlegend).

25.) Das ehemalige RG und der BGH stützen ihre Rechtsansichten vorwiegend auf praktische Erwägungen; vgl. namentlich RGZ 165, 193 u. BGHZ 3, 285 ff.

26.) Siebert VI S. 48 ff. hat sich freilich in neuerer Zeit der Lehre von der Nichtigkeitsbeschränkung bei faktischen Gesellschaften angeschlossen. Näheres hierzu s.u.S. 48 ff.

Gesellschaftsverhältnissen nicht im Vertrag, sondern in der blossen Tatsache des gesellschaftlichen Zusammenschlusses und dem dadurch gebildeten wirtschaftlichen Unternehmen. Im Rahmen eines solchen "systematisch einheitlichen Gesellschaftsverhältnisses" unterscheidet Siebert dann durch eine abstufende Betrachtungsweise fehlerfreie und fehlerhafte Gesellschaften. Mit der Verneinung eines rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für Gesellschaftsverhältnisse kommt er ohne weiteres zu einer Nichtberücksichtigung etwaiger bei der Gründung der Gesellschaft vorgekommener Willensmängel. Die Ansicht Sieberts ist jedoch, worauf immer wieder hingewiesen worden ist ^{27.)}, mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen; denn nach dessen Willen bedarf es zur Entstehung eines Gesellschaftsverhältnisses eines Vertragsschlusses der Beteiligten ^{28.)}. Einen Versuch, die Vereinbarkeit seiner Lösung mit dem Gesetz darzutun, unternimmt Siebert nicht.

- 3.) Neuestens vertritt Simitis die Ansicht, dass neben Gesellschaftsverhältnissen auf vertraglicher Grundlage auch solche auf Grund blosser Betätigung anzuerkennen seien, sofern die "Betätigung Form und Sinngehalt einer gesellschaftlichen Betätigung annehmen sollte" ^{29.)}. Letzteres trifft nach Simitis zunächst für die auf mangelhafter Vertragsgrundlage beruhenden Gesellschaften zu, bei denen auf jede Bezugnahme auf den Willen verzichtet und die Betätigung als solche in den Mittelpunkt der Betrachtung

27.) Vgl. z.B. Erman I S. 12; Schumann IV S. 211; Lehmann III S. 3; Hueck I S. 1

28.) So ausdrücklich Schumann IV S. 209; Hueck I S. 1; vgl. auch Simitis S. 107.

29.) Simitis S. 234.

gerückt werden müsse ^{30.)}. Simitis will aber nicht nur bei mangelhaften Gesellschaften die blosse Betätigung als Rechtsgrund für die Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses ansehen, sondern darüber hinaus auch diejenigen Fälle als "faktische Gesellschaften" mit einbeziehen, bei denen sich die Betätigung ihrer Form und ihrem Sinngehalt nach - ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien - als eine "gesellschaftliche" darstellt ^{29.)}. Simitis' Auffassung ist demnach in zweifacher Hinsicht bemerkenswert: Einmal erweitert er im dargelegten Sinne den Begriff der faktischen Gesellschaft um diejenigen von ihm gleichfalls als "Gesellschaften" bezeichneten Gebilde, bei denen ein - wenn auch mangelhafter - Vertrag überhaupt nicht vorliegt. Sodann ist für ihn bei dem so erweiterten Begriff der faktischen Gesellschaft die Frage, ob ein - wenn auch nur missglückter - Gesellschaftsvertrag vorliegt, überhaupt unbeachtlich; entscheidend ist nach Simitis' Auffassung vielmehr allein, ob die Betätigung ihrer Form und ihrem Sinngehalt nach als gesellschaftliche anzusehen ist. Trifft das zu, so bejaht er ein Gesellschaftsverhältnis.

Diese Rechtsauffassungen Simitis' sind jedoch nicht haltbar. Es mag dahingestellt bleiben, ob überhaupt Lebensvorgänge denkbar sind, die nach "Form und Sinngehalt" als "gesellschaftliche Betätigung" anzusehen sind, ohne dass gleichzeitig eine tatsächliche Einigung zwischen den Beteiligten vorliegt, die sich rechtlich als Vertragsschluss im Sinne des BGB darstellen würde ^{31.)}. Auf jeden Fall ist die Ansicht Simitis' ebensowenig mit dem Gesetz vereinbar wie die von Siebert. Der von Simi-

30.) Simitis S. 236.

31.) Vgl. hierzu Schumann III S. 218 f.; Erman I S. 21.

tis versuchte Nachweis, die Vereinbarkeit seiner Lösung mit dem Gesetz darzutun, ist m.E. nicht überzeugend. Er beruft sich hierfür auf den Wandel der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Gesellschaft^{32.)}, der es erforderlich mache und erlaube, auch die auf Grund blosser Betätigung entstandene "Gesellschaft" dem Gesetz unmittelbar zu unterstellen^{33.)}. Simitis wendet also das Gesetz unmittelbar sowohl auf die vertraglich begründete Gesellschaft wie auch auf das durch blosse Betätigung entstandene, von ihm gleichfalls als "Gesellschaft" bewertete Gebilde an.

Hiergegen ist zunächst einzuwenden, dass es zweifelhaft, m.E. zu verneinen ist, dass ein Wandel der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Gesellschaft nach Erlass des Gesetzes eingetreten ist^{34.)}. Denn die Verhältnisse und Bedürfnisse des wirtschaftlichen Verkehrs, auf die Simitis es als Anhänger der soziologischen Betrachtungsweise^{35.)} abstellt, haben sich seit Erlass des Gesetzes in der von ihm angenommenen Weise nicht geändert, so dass auch ein Funktionswandel nicht eingetreten sein kann. So steht namentlich bei der OHG - entgegen der Annahme von Simitis^{36.)} - nach wie vor

32.) Simitis S. 107 ff.

33.) Simitis S. 237, 541.

34.) Lehmann III S. 3: "Aber es ist doch nicht so, dass ein solcher Wandel der sozialen Funktion erst nach dem Erlass des Gesetzes eingetreten ist, sondern so, dass der Gesetzgeber seine rechtsgeschäftlichen schuldrechtlichen Normen unter vorwiegender Anschauung der individualrechtlichen Verhältnisse aufgestellt hat, ohne genügende Erkenntnis des Übergreifens gewisser Gesellschaftsverhältnisse in der Sozialsphäre."

35.) Ballerstedt II S. 117; Larenz V S. 862.

36.) Simitis S. 116 ff.

das Individuum und nicht die angeblich von diesem weitgehend getrennte Gesellschaft als solche im Vordergrund ^{37.)}. Somit scheitert Simitis' Auffassung bereits am Fehlen eines Funktionswandels des Rechtsinstituts Gesellschaft.

Zum anderen ist die Ansicht Simitis', dass der Wandel in der sozialen Funktion eine Relativierung, d.h. teilweise Ausserkraftsetzung der auf den Willen der Rechtssubjekte abstellenden Normen bedinge ^{38.)}, nicht haltbar. Die gewohnheitsrechtlich und gesetzlich zulässigen Mittel für die von Simitis angestrebte Beschränkung in der Anwendung des Gesetzes sind Analogie und Restriktion ^{39.)} sowie gegebenenfalls Treu und Glauben (§ 242) ^{40.)}. Die Berücksichtigung eines - im übrigen hier auch nur vermeintlichen - Wandels in der sozialen Funktion eines Rechtsinstituts - eine soziologische Frage, die vom Richter zu beantworten wäre! - ist kein zulässiger Weg der Rechtsfindung; denn ein solches Vorgehen würde die vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen ausser acht lassen ^{41.)}.

- 4.) Eine andere Auffassung über die Rechtsgrundlage der faktischen Gesellschaft vertreten Haupt ^{42.)} und Schumann ^{43.)}. Beide wollen einer Gesellschaft,

37.) So auch Ballerstedt II S. 131 f.

38.) Simitis S. 262, 537 ff.

39.) Enn.-Nipperdey § 58 u. § 59; Lehmann III S. 1.

40.) Inwieweit § 242 Einfluss auf die Anwendung des Gesetzes hat, kann hier noch nicht erörtert werden; an anderer Stelle der Arbeit wird darauf zurückzukommen sein (s.u.S.).

41.) Lehmann III S. 1; Larenz V S. 863; auch wohl Esser III S. 98.

42.) Haupt I S. 16 ff.

43.) Schumann I u. II. Schumann hat freilich in neuerer Zeit die im Text dargestellte Auffassung zugunsten der noch zu erörternden Lehre von der Nichtigkeitsbeschränkung aufgegeben, s. Schumann III S. 218 ff. u. IV S. 209 ff.

die auf mangelhaftem Vertrag beruht, aber gleichwohl tatsächlich in Vollzug gesetzt worden ist, die rechtliche Anerkennung nicht versagen. Als Grundlage hierfür scheidet nach ihrer Ansicht jedoch der mangelhafte Vertrag von vornherein aus; auch das Gesetz soll grundsätzlich keine Anwendung finden. Vielmehr nehmen die genannten Autoren an, dass, wenn eine Gesellschaft auf Grund eines fehlerhaften Vertrages ins Leben getreten sei, die Betätigung als solche für deren rechtliche Anerkennung ausreiche. Die so entstandene Gesellschaft ordne sich in erster Linie nach den Lebensstatsachen, welche die Zusammenarbeit der Beteiligten geschaffen habe, und aus den Lebensbedürfnissen heraus, welche dadurch entstanden seien ^{44.)}; mit anderen Worten, sie soll nach ihren eigenen Ordnungsprinzipien beurteilt werden. Aber auch diese Ansicht lässt sich ebenso wie die von Siebert und Simitis mit dem Gesetz nicht vereinbaren; denn diese verlangt nun einmal, wie bereits gesagt, als Grundlage eines Gesellschaftsverhältnisses einen Gesellschaftsvertrag. Darüber hinaus ist es auch unzulässig, die rechtlichen Ordnungsprinzipien für ein tatsächliches Gebilde aus diesem selbst zu entnehmen. Nach der geltenden Rechtsordnung ergeben sich die rechtlichen Maßstäbe für die Beurteilung tatsächlicher Verhältnisse und Gebilde aus dem Gesetz oder dem abgeschlossenen Vertrag. Rechtsgrundsätze aus den tatsächlichen Verhältnissen selbst abzuleiten, ist der Rechtsordnung fremd.

- 5.) Als Rechtsgrund für die Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses kann nach alledem nur der Gesellschaftsvertrag in Betracht kommen ^{45.)}. Dieser

44.) Schumann II S. 1197.

45.) Ebenso ausdrücklich Siebert VI S. 61 im Anschluss an BGHZ 11, 190.

ist nun freilich bei der faktischen Gesellschaft mangelhaft, d.h. er vermag dem Wortlaut des Gesetzes zufolge wegen seiner von Anfang an wirkenden Nichtigkeit keinerlei Rechtsfolgen zu zeitigen. Das ist jedoch ein Ergebnis, das für tatsächlich ins Leben getretene Gesellschaften in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht unbefriedigend erscheint. Denn einmal bringt es, wie dargetan (s.o.S. 66), grosse Schwierigkeiten bei der Abwicklung mit sich; ferner aber würde ein solches Ergebnis auch das Vertrauen etwaiger Gesellschaftsgläubiger auf die im Rechtsverkehr als solche aufgetretene Gesellschaft als ihrer Kreditbasis enttäuschen. Diese besondere Interessenlage lässt es daher fraglich erscheinen, ob die gesetzlichen Nichtigkeitsbestimmungen in vollem Umfange anwendbar sind. Dabei erscheint freilich nicht die Nichtigkeit überhaupt als unbillig; es ist vielmehr die rückwirkende Kraft der betreffenden Nichtigkeitsvorschriften, die zu einem mit der gegebenen Interessenlage nicht vereinbaren Ergebnis führt. Der Gesetzgeber hat diese aus der Anwendung der Normen des Allgemeinen Teils auf vollzogene Gesellschaften sich ergebenden Folgen nicht genügend erkannt. Er fasste bei der Schaffung dieser Bestimmungen vorzugsweise die individualrechtlichen Schuld-, nicht aber auch gemeinschaftsrechtliche Dauerschuldverhältnisse wie z.B. Gesellschaften ins Auge ^{46.)}. So erklärt es sich, dass die Anwendung der betreffenden Vorschriften auf tatsächlich vollzogene, jedoch auf mangelhafter Vertragsgrundlage beruhende Gesellschaften zu keinen sinnvollen Ergebnissen führt.

Diese Situation rechtfertigt es, im Wege der

46.) Lehmann III S. 3; Coing i. Staud. Vorbem. VII
1 vor § 116.

Restriktion ein der Interessenlage angemessenes rechtliches Ergebnis anzustreben. Hierbei ist davon auszugehen, dass die rückwirkende Kraft der Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften kein notwendiger Bestandteil der Vertragstheorie ist 47.). Vielmehr ist auch durchaus eine nur in die Zukunft wirkende Nichtigkeit denkbar. Demgemäss sind die gesetzlichen Nichtigkeitsbestimmungen restriktiv dahin auszulegen, dass ihre Anwendung auf vollzogene mangelhafte Gesellschaften insoweit nicht in Betracht kommt, als sie zu einer Nichtigkeit der Gesellschaft für die Vergangenheit führen. D.h., die fraglichen Bestimmungen bewirken lediglich eine Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit der vollzogenen Gesellschaft für die Zukunft (ex nunc) 48.). Das

47.) Coing i. Staud. Einl. Note 75 z. III. Abschnitt (S. 532).

48.) Der Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitswirkungen folgen, freilich mit teilweise unterschiedlichen Begründungen: Hueck I S. 1 ff u. II S. 44 ff.; Lehmann III S. 2 f.; Enn.-Lehmann § 176 III 3; Schumann III S. 218 ff. u. IV S. 209 ff.; Coing i. Staud. Vorbem. VII 1 u. 2 b vor § 116; Nipperdey S. 129; Enn.-Nipperdey § 169 III 1; Lorenz S. 407; Betti S. 260 f.; Ruland S. 54 ff.; Erman I S. 53 ff.; wohl auch Esser III S. 93 ff.; Blomeyer I S. 109.

Eine eigenwillige Begründung für die Nichtigkeitsbeschränkung gibt Siebert VI S. 48 ff. Auch er geht davon aus, dass die Interessenlagerung bei faktischen Gesellschaften, deren Grundlage stets ein wenn auch mangelhafter Gesellschaftsvertrag sei, regelmässig für das rechtliche Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses spreche. Er meint aber, die Interessenlagerung allein reiche nicht aus, ein solches Ergebnis zu rechtfertigen. Hinzukommen müsse vielmehr der Nachweis, dass die Rechtsordnung das Interesse an der Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses höher bewerte als das Interesse an der Vernichtung der Gesellschaft. Den rechtssystematischen Ansatzpunkt hierfür erblickt Siebert in dem von ihm an Hand des geltenden Rechts herausgearbeiteten Prinzip eines gesteigerten Bestandsschutzes

bedeutet aber, dass bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Mangels ein Gesellschaftsverhältnis als bestehend anzusehen ist. Dessen Rechtsgrundlage bildet nicht das tatsächlich gebildete gesellschaftliche Unternehmen, sondern der (mangelhafte) Gesellschaftsvertrag, auf welchen mit Rücksicht auf die besondere Interessenlage bei vollzogenen Gesellschaften die gesetzlichen Nichtigkeitsvorschriften insoweit, als sie zu einer anfänglichen Nichtigkeit führen, nicht anzuwenden sind.

Wie sich dieser Rechtsgrundsatz im einzelnen auswirkt, braucht in unserem Zusammenhang nicht weiter erörtert zu werden. Zweifelhaft ist beispielsweise, ob bei einem wegen Verstosses gegen § 313 nichtigen Gesellschaftsvertrag eine faktische Gesellschaft unter Einschluss der Verpflichtung

gegenüber Gründungs- und sonstigen Mängeln für realisierte Dauerschuldverhältnisse. Nach diesem Einzip schütze die geltende Rechtsordnung allgemein die Dauerschuldverhältnisse gegen anfängliche Nichtigkeit oder rückwirkende Vernichtung stärker als sonstige schuldrechtliche Vertragsverhältnisse. Demgemäss sei es auch bei auf mangelhafter Vertragsgrundlage vollzogenen Gesellschaften erforderlich und zulässig, die rückwirkende Kraft der Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften beiseite zu schieben und an ihre Stelle die fristlose Aufhebung, also eine Beendigung der Gesellschaft ex nunc, zu setzen; vgl. insbes. Siebert VI S. 56. Die Ansicht Sieberts stellt einen Versuch dar, die Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses trotz mangelhafter Vertragsgrundlage mit dem geltenden bürgerlichen Recht in Einklang zu bringen. Ob und inwieweit Siebert mit seiner Auffassung einen gegenüber den bisherigen Begründungen für die Nichtigkeitsbeschränkung rechtssystematisch neuen Weg beschreitet, bedarf keiner näheren Erörterung. Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang allein, dass auch Siebert als Rechtsgrundlage der faktischen Gesellschaft den (mangelhaften) Gesellschaftsvertrag betrachtet.

zur Grundstücksübereignung oder lediglich eine faktische Gesellschaft ohne eine solche Verpflichtung anzunehmen ist; ferner, ob die Rechtsgrundsätze der faktischen Gesellschaft auch gegenüber dem vom Mangel des Vertrages gerade Betroffenen, z.B. dem Betroffenen oder Geschäftsunfähigen ^{49.)} wirksam sind. Für uns ist nur wesentlich, dass die Rechtsgrundlage der faktischen Gesellschaft, sofern eine solche im Einzelfall überhaupt zu bejahen ist, der Vertrag ist.

II.) Der Entstehungsgrund des Arbeitsverhältnisses.

- 1.) Eine Problemstellung, die der bei der faktischen Gesellschaft in gewisser Weise ähnelt, liegt beim Arbeitsverhältnis vor. Auch bei diesem geht es um die Frage, was als seine Rechtsgrundlage anzusehen ist. Es stehen sich dabei Eingliederungs- und Vertragstheorie gegenüber. Die Eingliederungstheorie, deren Hauptvertreter Nikisch ^{50.)} und Siebert ⁵¹⁾ sind, besagt, dass ein Arbeitsverhältnis durch die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb zustande komme, die zwar von einem Arbeitsvertrag begleitet sein könne, selbst jedoch kein Rechtsgeschäft sei. Die Vertragstheorie sieht dagegen die entscheidende Grundlage in der rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung von Arbeitgeber und -nehmer, dem Vertragsschluss.

49.) In BGHZ 17, 160 ff. hat der BGH ausgeführt, dass bei Beteiligung eines Minderjährigen eine faktische Gesellschaft unter Einschluss desselben nicht angenommen werden könne. Vgl. auch Larenz III S. 248.

50.) Nikisch S. 140 ff.

51.) So Siebert IV. In Sieberts Auffassungen hat sich freilich im Laufe der Zeit ein Wandel vollzogen. Nachdem er zunächst seine Ausführungen durch Abschwächung der Bedeutung des Faktischen korrigiert hatte (Siebert III S. 388 ff.), scheint er nunmehr auf dem Standpunkt zu ste-

Im Unterschied zur Gesellschaft sagt das Gesetz für das Arbeitsverhältnis nicht eindeutig, wodurch es entsteht. Zwar kommt ein Dienstvertrag, als dessen Unterfall der Arbeitsvertrag zu gelten hat, durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Allein es ist nicht zu übersehen, dass das Gesetz auch an die bloße tatsächliche Eingliederung in den Betrieb gewisse Rechtsfolgen knüpft. So werden verschiedene Pflichten durch die Eingliederung verstärkt, z.B. die Treu- und Fürsorgepflicht⁵²⁾. Auch wird der öffentliche und private Arbeits- sowie Sozialversicherungsschutz mit der blossen Tatsache der Arbeitsaufnahme, d.h. der Eingliederung, wirksam^{53.)}. Ferner wird die Eingliederungstheorie auch besser mit etwaigen Vertrags- und Willensmängeln fertig.

- 2.) Gleichwohl dürfte im Ergebnis der Vertragstheorie der Vorzug zu geben sein; denn es kann nicht übersehen werden, dass die Parteien das entscheidende Moment für die Begründung ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten in ihrem durch die Willensübereinstimmung herbeigeführten vertraglichen Zusammenschluss erblicken^{54.)}. Die Parteien sind sich bewusst und wollen, dass hierdurch bereits die massgeblichen Rechtsfolgen wie Lohnanspruch und Arbeitsverpflichtung ausgelöst werden. Hiermit steht auch nicht die oben getroffene Feststellung in Widerspruch, dass die tatsächliche Arbeitsauf-

hen, dass jedes Arbeitsverhältnis zu seiner Begründung eines Vertragsabschlusses bedarf, Siebert VI S. 68 ff., insbes. S. 78.

52.) Hueck-Nipperdey IV S. 113 f.

53.) Siebert III S. 389.

54.) Die Vertragstheorie kann als herrschend bezeichnet werden. Ihr folgen u.a. Dietz Anm. 22 zu § 4; Hueck III S. 263 f.; Hueck-Nipperdey S. 103 ff. (insbes. S. 108 ff.); Krüger S. 32; Nipperdey-Mohnen i. Staud. Note 39 vor § 611.

nahme vereinzelte Rechtsfolgen auslöst. Denn der eine Teil dieser Rechtsfolgen beruht auf ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, woraus sich keinesfalls ergibt, dass ausser den fraglichen Rechtsfolgen auch das Arbeitsverhältnis insgesamt durch die blosse Eingliederung entsteht. Dagegen sind die Treu- und Fürsorgepflichten überhaupt schon mit dem Vertragsschluss als zustande gekommen anzusehen; sie werden durch die Tatsache der Eingliederung, sofern diese zeitlich nach dem Vertragsschluss erfolgt, lediglich ver stärkt ^{55.)}.

- 3.) Mit der Feststellung, dass zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ein Vertrag erforderlich ist, erhebt sich gleichzeitig die Frage, welche Rechtsfolgen etwaige Gründungsmängel beim Arbeitsvertrag haben. M.a.W., ob wenigstens dann, wenn Gründungsmängel den Arbeitsvertrag zunichte machen, die tatsächliche Eingliederung als solche für die rechtliche Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses ausreicht. Die uneingeschränkte Anwendung der Normen des Allgemeinen Teils würde, sofern tatsächlich Arbeit geleistet wurde, dieserrückwirkend oder von Anfang an die Rechtsgrundlage nehmen. Das könnte unter dem Gesichtspunkt, dass jede Arbeit auch nach Wegfall der Rechtsgrundlage ihren Wert behält ^{56.)}, zu höchst unbilligen Ergebnissen führen, etwa dann, wenn der Arbeitnehmer anstelle der vertraglichen Lohnansprüche auf Bereicherungsansprüche angewiesen wäre und sich einen Wegfall der Bereicherung entgegenhalten lassen müsste. ^{57.)} Die vom Gesetz mit der anfänglichen Nichtigkeit erstrebte Schutzwir-

55.) Vgl. Hueck-Nipperdey S. 113 f.; aber auch Nikisch S. 146.

56.) Vgl. das Sprichwort: "Jede Arbeit ist ihres Lohnes wert". BAG NJW 58, 398; siehe auch Simitis S. 263 ff.

57.) Hueck III S. 263.

kung würde in ihr Gegenteil verkehrt werden 58.). Deshalb ist auch in so einem Falle bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Mangels ein Arbeitsverhältnis als bestehend anzusehen. Aber ebenso wie bei der faktischen Gesellschaft ist die Rechtsgrundlage für das faktische Arbeitsverhältnis nicht die bloße Tatsache, dass Arbeit geleistet worden ist, sondern der (mangelhafte) Vertrag. Dieser wird - ebenso wie die faktische Gesellschaft - durch restriktive Auslegung der gesetzlichen Nichtigkeitsvorschriften aufrecht erhalten. Mit anderen Worten, ein Arbeitsverhältnis ist, sofern tatsächlich gearbeitet worden ist, nicht rückwirkend, sondern nur mit Wirkung für die Zukunft auflösbar 59.). Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der Arbeitsvertrag Rechtsgrundlage des Arbeitsverhältnisses 60.).

58.) Siebert III S. 389.

59.) Hueck-Nipperdey S. 168 ff. (171); Hueck III S. 263; Siebert VI S. 81 ff unter Hervorhebung der beiden Gesichtspunkte des gesteigerten Bestandsschutzes bei personenrechtlichen Dauerschuldverhältnissen und des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers; ferner Lehmann III S. 4; Lorenz S. 407; auch wohl Esser III S. 93 ff.; ebenso das BAG in NJW 58, 397 ff. u. 516 f. Das BAG führt in der letztgenannten Entscheidung treffend aus: Es "gilt . . . für das durch Anfechtung nichtig gewordene Arbeitsverhältnis der in § 142 BGB angeordnete rückwirkende Wegfall der angefochtenen Willenserklärung . . . nicht". Das BAG begründet das mit "dem Wesen und Inhalt des Arbeitsverhältnisses als eines Rechtsgeschäftes besonderer Art".

60.) Dass nicht in jedem Falle ein faktisches Arbeitsverhältnis anerkannt werden kann, bedarf hier ebensowenig wie bei der faktischen Gesellschaft einer genaueren Erörterung. Insoweit wird auf das oben S. 76 Gesagte verwiesen.

III.) Der Entstehungsgrund der Vertragsverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge.

- 1.) Als bedeutsamster Unterfall der faktischen Vertragsverhältnisse sind die Rechtsverhältnisse im Bereich der sog. Daseinsvorsorge anzusehen. Unter Daseinsvorsorge ist die Tätigkeit der staatlichen Verwaltung zu verstehen, die darauf gerichtet ist, gewisse elementare Lebensbedürfnisse des heutigen Menschen zu befriedigen, so die Versorgung mit Gas, Wasser, Elektrizität, Verkehrsmitteln, Post usw. Die Daseinsvorsorge kann hoheitlich oder privatrechtlich organisiert sein ^{61.)}; hier ist sie nur insoweit von Interesse, als sie privatrechtlich ausgestaltet ist.

In dem vorliegenden Zusammenhang ist dabei die Frage bedeutsam, auf welche Weise die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge entstehen. Es geht also, genauer gesagt, darum, ob das Zustandekommen von Vertragsverhältnissen über die Benutzung der privatrechtlichen Versorgungsunternehmen einen Vertragsschluss zwischen Benutzer und Unternehmer oder aber lediglich eine tatsächliche Inanspruchnahme der Versorgungseinrichtungen durch den Benutzer voraussetzt. Um es an dem bekannten Schulbeispiel zu verdeutlichen: Was bedeutet es in rechtlicher Beziehung, wenn jemand in eine Strassenbahn steigt und sich bis zum vorgesehenen Fahrtziel befördern lässt? Kommt es dabei zwischen ihm und dem Unternehmen zu einem Vertragsschluss im Sinne des BGB? Oder erlangt einerseits die Strassenbahn ihren Geldanspruch und andererseits der Benutzer seinen Beförderungsanspruch mit dem bloss tatsächlichen Vorgang des Einsteigens?

61.) Siehe hierzu u.a. Simitis S. 511 f.

2 a.) Bei der Beantwortung dieser Frage ist von dem Sinn und Zweck auszugehen, den das BGB mit dem von ihm geregelten Rechtsinstitut Vertrag verbindet. Der Gesetzgeber des BGB ging - entsprechend dem Geist seiner Zeit - von der Vorstellung aus, dass sich der einzelne Rechtsgenosse seine Lebensgüter bei freier Wahl des Gegenwertes und des Austauschpartners und bei eigener wirtschaftlicher Freiheit erhandeln und abhandeln konnte ^{62.)}. Demgemäss sollen sich die Parteien nach dem Willen des Gesetzes über alle Einzelheiten der von ihnen zu übernehmenden Rechte und Pflichten einigen. Eine derart erfolgte Ordnung der gegenseitigen Beziehungen wird vom Gesetz als sinnvoll und deshalb als ein die Parteien bindendes Vertragsverhältnis anerkannt ^{63.)}. Der Vertrag - genauer: der Vertragschluss - ist somit für die Beteiligten als ein Mittel des Interessenausgleiches gedacht ^{64.)}.

b.) Allein es fragt sich, ob der Vertragsschluss diese seine Funktion auch noch im Bereich der modernen Daseinsvorsorge zu erfüllen vermag; denn hier sind die Voraussetzungen, eben die gänzliche wirtschaftliche und persönliche Unabhängigkeit des Einzelnen, von denen der Gesetzgeber bei der Schaffung der Vertragsvorschriften ausging, immerhin zweifelhaft ^{65.)}. Der Benutzer ist nicht in der Lage, den Vertragsinhalt frei auszuhandeln; dieser liegt vielmehr von vornherein auf Grund öffentlich bekanntgemachter Tarife und Satzungen unveränderlich fest ^{66.)}. Er hat nur die Wahl, sich

62.) Esser II S. 233; Simitis S. 537.

63.) Lehmann III S. 3 und I S. 142 im Anschluss an Schmidt-Rimpler in AcP 147, 130 ff.

64.) Lehmann III S. 3; Esser II S. 231; Wieacker VI S. 170 ff. Vgl. auch Siebert VI S. 13 f.

65.) Vgl. Larenz II S. 31; Esser I S. 22 u. III S. 95

66.) Lehmann III S. 4; Haupt I S. 22.

hiermit einverstanden zu erklären oder aber auf die Inanspruchnahme der Einrichtung zu verzichten. Seine Freiheit wird weiter dadurch eingeengt, teilweise sogar praktisch aufgehoben, dass er auf die Benutzung der Unternehmen der Daseinsvorsorge unbedingt angewiesen ist, wenn er den Anforderungen des Lebens gerecht werden und sein Leben menschenwürdig gestalten will. Die Daseinsvorsorge ist in diesem Sinne zu einer "existentiellen Notwendigkeit für den Einzelnen und die Gemeinschaft" ^{67.)} geworden. Dem entspricht auf der anderen Seite die Einschränkung der Freiheit der Versorgungsunternehmen durch den sog. Kontrahierungszwang; dieser stellt sich nicht als ein an eine bestimmte Person gerichtetes Gebot dar, unabhängig vom eigenen Willen mit dem Begünstigten einen Vertrag zu schliessen ^{68.)}, sondern als eine der Allgemeinheit gegenüber bestehende soziale Leistungsverpflichtung ^{69.)}. Jedermann kann die Leistungen der Versorgungsunternehmen ohne weiteres in Anspruch nehmen; sie sind allgemein zugänglich ^{70.)}. Deshalb sind auch die Versorgungsunternehmen in der Entscheidung, ob, mit wem und welchem Inhalt sie einen Vertrag schliessen sollen, nicht mehr frei. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge in massenhafter Zahl zustandekommen. Das hat zur Folge, dass Begründung und Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge nicht nach den individuellen Vorstellungen der Teilnehmer geschehen kann. Vielmehr ist die Teilhabe daran ver-

67.) Simitis S. 521; Zu Recht sagt freilich Lehmann III S. 4, dass ein rechtlicher Zwang zur Benutzung nicht bestehe.

68.) So aber Nipperdey, zitiert nach Simitis S.488 f.

69.) Haupt I S..21 ff.; Simitis S. 525.

70.) Siebert VI S. 14.

einheitlich und typisiert, um eine reibungslose Abwicklung zu gewährleisten.

Zusammenfassend ist danach zu sagen, dass im Bereich der Daseinsvorsorge die soziologischen und ökonomischen Voraussetzungen des bürgerlichrechtlichen Vertragsbegriffes nicht mehr gegeben sind ^{71.)}

- 3.) Bei dieser Sach- und Rechtslage wäre es verfehlt, wollte man gleichwohl einen rechtsgeschäftlichen Vertragsschluss annehmen. Lehmann ^{72.)} tut das, indem er der tatsächlichen Inanspruchnahme der Versorgungseinrichtungen einen Erklärungswert beimisst und sie als "Willensbetätigung" ansieht. Auch Nipperdey ^{73.)} erblickt in der Benutzung eine nicht erklärungsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 151. Ebenso meint Siebert ^{74.)}, in der normalen willentlichen Inanspruchnahme der Leistungen der Daseinsvorsorge liege ein rechtsgeschäftlicher Vertragsschluss im Sinne des BGB. Den genannten Auffassungen ist indessen entgegenzuhalten, dass sie dem tatsächlichen Sachverhalt nicht gerecht werden. Wo jemand nicht mehr die Möglichkeit hat, Art und Umfang der zu übernehmenden Rechte und Pflichten frei auszuhandeln, kann nicht mehr von einem Vertragsschluss die Rede sein. Zwar weiss der Benutzer von Versorgungseinrichtungen, dass er bezahlen muss. Das ist jedoch wohl nicht entscheidend. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass eine Zahlungsverpflichtung dem Grunde und der Höhe nach im Interesse einer reibungslosen Abwicklung der Verhältnisse

71.) Siebert VI S. 14; Lehmann III S. 4.

72.) Lehmann III S. 4 f.

73.) Nipperdey S. 129 f.; ebenso Lorenz S. 407.

74.) Siebert VI S. 20 ff.

nisse entsteht, ohne dass es hierbei auf einen entsprechenden inneren Willen des Benutzers ankommt. Der innere Wille desjenigen, der sich der Mittel der Daseinsvorsorge bedient, ist mithin nicht wesentlich. Deshalb erscheint auch allgemein die Annahme gerechtfertigt, dass der Benutzer überhaupt keine rechtlich erhebliche Erklärung abgibt ^{75.)}. Hier wird nicht mehr im herkömmlichen Sinne kontrahiert, sondern schlechtweg benutzt und geleistet. Folglich handelt es sich bei der Auffassung der genannten Autoren um fiktive Rechtskonstruktionen, die sich mit der Lebenswirklichkeit nicht decken ⁷⁶⁾ und deshalb abzulehnen sind.

- 4.) Zu erwähnen ist an dieser Stelle noch ein neuartiger Versuch Sieberts. Wie bereits dargelegt, nimmt Siebert in den Fällen der normalen willentlichen Inanspruchnahme der Einrichtungen der Daseinsvorsorge einen Vertragsschluss im herkömmlichen Sinne an. Hiervon unterscheidet er jedoch die Fälle, in denen jemand eine Einrichtung der Daseinsvorsorge benutzt, ohne die Gebührenpflichtigkeit der Benutzung zu erkennen ^{77.)}. In diesen Fällen sei zwar der äussere Tatbestand einer Willenserklärung des Benutzers vorhanden; denn die Verkehrsauffassung erblicke in der Inanspruchnahme der Versorgungseinrichtungen ganz allgemein zum Vertragsschluss führende Willenserklärungen. Es fehle aber an den subjektiven Merkmalen einer Willenserklärung, der Handelnde habe weder Erklärungsbewusstsein noch Geschäftswillen ^{78.)}. Gleichwohl will Siebert auch

75.) So ausdrücklich auch Larenz II S. 33.

76.) Haupt I S. 6 u. 22; Esser III S. 96; Larenz II S. 31; Simitis S. 485 f.

77.) Siebert VI S. 25 ff.

78.) Siebert VI S. 26. Im Anschluss an Lehmann II § 24 IV 1: Die Willenserklärung hat zwei Be-

in diesen Fällen eine Willenserklärung im Sinne des BGB annehmen. Er geht dabei davon aus, dass sich in Rechtsprechung und Schrifttum bedeutsame allgemeine Ansätze dafür finden liessen, gegenüber einem objektiven äusseren Erklärungstatbestand eine Berufung auf den Mangel des Erklärungsbewusstseins und des Geschäftswillens auszuschliessen^{79.)}. Es bestehe im allgemeinen Geschäftsverkehr die Tendenz, den in einem äusseren Verhalten liegenden objektiven Erklärungswert in seinem Bestand gegen fehlendes Erklärungsbewusstsein und fehlenden Geschäftswillen zu schützen. Der diese Entwicklung veranlassende rechtssystematische Grundgedanke müsse erst recht im Bereich der Daseinsvorsorge gelten. Das sei gerechtfertigt aus den rechtssoziologischen Merkmalen der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge mit ihrem sozial-kollektiven Einschlag und der sozialen Typizität ihrer Abläufe. Mit anderen Worten: Wer eine Einrichtung der Daseinsvorsorge in Anspruch nimmt, muss sich nach Siebert sein äusseres Verhalten auch dann als Willenserklärung zurechnen lassen, wenn er die Gebührenpflichtigkeit der Benutzung nicht kennt.

Gegen diese Auffassung Sieberts bestehen Bedenken. Siebert spaltet den Begriff der Willenserklärung auf. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob im Zuge der zunehmenden Differenzierung unserer Rechtsordnung der im BGB abstrakt gefasste Begriff der Willenserklärung für unterschiedliche Lebensbereiche unterschiedlich zu konkretisieren ist. Das

standteile, einen äusseren- die Erklärung - und einen inneren - den Willen -; Die Erklärung ist die Beobachtung eines äusseren Verhaltens, das dazu bestimmt erscheint, einen bestimmten Geschäftswillen anderen kundzugeben.

79.) Siebert VI S. 28 ff. zitiert in diesem Zusammenhang die §§ 568, 108 II BGB und RGZ 95, 122 ff (124), RG Seuff.Arch. 78 Nr. 62, RGZ 141, 263.

wäre aber jedenfalls etwas anderes als das, was Siebert anstrebt. Er nimmt nicht für die gesamte Daseinsvorsorge einen einheitlichen Begriff der Willenserklärung an. Vielmehr bildet er für die Fälle der normalen willentlichen Inanspruchnahme der Versorgungseinrichtungen einen anderen Begriff der Willenserklärung als für die Tatbestände, bei denen der Benutzer die Gebührenpflichtigkeit der Benutzung nicht kennt. Das erscheint jedoch nicht zulässig; denn wann man, wie Siebert es will, in der normalen willentlichen Inanspruchnahme eine Willenserklärung erblickt, so ist es nicht zugänglich, auch dann eine Willenserklärung anzunehmen, wenn die Gebührenpflichtigkeit dem Benutzer nicht bekannt ist, dieser also keinen auf die Begründung von Pflichten gerichteten inneren Willen hat. Diese verschiedenen Fallgruppen sind, wenigstens wenn man mit Siebert in der ersten Fallgruppe dem inneren Willen rechtliche Bedeutung beimisst, zu verschieden, als dass es gerechtfertigt wäre, beide Male das Vorliegen einer Willenserklärung zu bejahen. Zwar wahrt Siebert rein äusserlich die formale Einheit des Begriffs der Willenserklärung; materiell ist sie jedoch zerstört. Abgesehen davon ist die Ansicht Sieberts auch in sich widerspruchsvoll. Es ist nicht einzusehen, warum nur in der zweiten Fallgruppe (bei der der Teilnehmer die Gebührenpflichtigkeit nicht kennt), ein rein äusserliches Verhalten dem Teilnehmer als Willenserklärung zugerechnet werden soll. Dasselbe müsste doch auch in der ersten Fallgruppe Gültigkeit haben; auch in diesen Fällen müsste, wenn man die Ansicht Sieberts konsequent durchführt, schon der Inanspruchnahme als solcher nach der Verkehrssitte ein Erklärungs- wert beigemessen werden, der - unabhängig vom Geschäftswillen und Erklärungsbewusstsein - ein Leistungsverhältnis zustande brächte. Endlich erscheint

es m.E. überhaupt nicht zulässig, den Begriff der Willenserklärung in der von Siebert für die zweite Fallgruppe vorgeschlagenen Weise zu modifizieren. Ohne zu den Zweifelsfragen, die sich mit den Begriffen Erklärungs- und Willenstheorie verbinden⁸⁰⁾, im einzelnen Stellung zu nehmen, wird man sagen dürfen, dass als Bestandteil des Begriffes der Willenserklärung immer in irgendeiner Form ein innerer Wille und ein äusseres Verhalten anzusehen sind. Dabei kann im Streit der verschiedenen Momente^{81.)}, die bei der Definition des vom Gesetz nicht näher erläuterten Begriffes der Willenserklärung zu berücksichtigen sind, durchaus einmal die stärkere Betonung auf dem äusseren Tatbestand liegen, während ein anderes Mal der innere Tatbestand der Willenserklärung stark im Vordergrund steht. Unzulässig dürfte es aber sein, die Willenserklärung begrifflich so zu fassen, dass der innere Wille keine Rolle mehr spielt. Darin liegt eine Denaturierung des Begriffes der Willenserklärung. Deren Wesen wird in einer Weise verändert, die mit dem Gesetz nicht mehr vereinbar ist^{82.)}.

- 5.) Ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage, wodurch die Vertragsverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge entstehen, kann danach nur folgende Erwägung sein. Die Erscheinungen der Daseinsvorsorge sind typisch solche des modernen nivellierten und typisierten Massenverkehrs der industrialisierten Grossgesellschaft. Ihre Entstehung ist bedingt einerseits durch die Fortschritte der Technik sowie

80.) Enn.-Nipperdey § 164.

81.) Äusseres Verhalten, innerer Wille, Verkehrsschutz, Verkehrssitte, Gläubigerschutz usw.

82.) Eine derartige Wesensänderung lehnt Siebert VI S. 20 selbst ab.

des Verkehrs und andererseits durch das rapide Anwachsen der menschlichen Gesellschaft und deren Angewiesensein auf öffentliche Daseinsvorsorge. Diese Lebensverhältnisse begannen indessen zur Zeit des Inkrafttretens des BGB erst gerade, sich voll zu entfalten. In ihrer heutigen Gestalt und Struktur waren sie um das Jahr 1900 noch nicht vorhanden. Deshalb konnte der Gesetzgeber von 1900 sie auch noch nicht berücksichtigen. Er war gar nicht imstande, eine unmittelbar brauchbare Rechtsregel für sie aufzustellen. Es liegt demnach eine durch nachträgliches Aufkommen neuer Lebenssachverhalte entstandene Gesetzeslücke vor^{83.)}. Für deren Ausfüllung bleibt nach dem oben Dargelegten kein anderer Weg, als der Verkehrsauffassung, die hier in jedem Falle, und zwar ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten^{84.)}, ein Vertragsverhältnis

83.) In diesem Sinne sagt Brändl i. Staud. Einl. Note 62: "Gesetzeslücken ergeben sich vor allem daraus, dass der Gesetzgeber . . . die Fortschritte des Verkehrs und der Technik sowie die wirtschaftlichen . . . Veränderungen nicht voraussehen kann." Zum Begriff der Gesetzeslücke s. auch Enn.-Nipperdey § 58 I 2c; Lehmann II S. 56.

84.) Die Frage, ob Geschäftsunfähige oder Geisteskranke, die gebührenpflichtige Versorgungseinrichtungen der Daseinsvorsorge benutzen, zu bezahlen haben, bereitet m.E. keine Schwierigkeiten. Es lässt sich nämlich durchaus der Standpunkt vertreten, dass Geschäftsunfähige und Geisteskranke, denen es an einem Willen im Rechtssinne fehlt, nicht zu bezahlen brauchen, auch wenn die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge unabhängig vom Willen zustandekommen. Das bedeutet keinen inneren Widerspruch. Vielmehr dürfte es gerecht und billig sein, den Geisteskranken mit Rücksicht auf seine Geisteskrankheit und den Geschäftsunfähigen im Hinblick auf seine gänzlich fehlende Lebenserfahrung als nicht verpflichtet anzusehen. Das folgt aus dem Gesichtspunkt des Schutzes dieser Personen; das Interesse daran ist grösser als das einer reibungslosen Abwicklung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge.

als vorliegend ansieht, dadurch Rechnung zu tragen, dass man die tatsächliche Benutzung der tatsächlich (tarifmässig) angebotenen Leistung als das Vertragsverhältnis begründend betrachtet. Larenz hat das zutreffend mit den Worten ausgedrückt, dass das Verhalten des Benutzers die "sozialtypische" Antwort oder Reaktion auf das Leistungsangebot sei und dass es damit sozialtypisch die Bedeutung eines Verpflichtungsgrundes habe ^{85.)}. Die Vertragsverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge kommen demnach nicht durch rechtsgeschäftliche Willenseinigung zustande. Für ihre Entstehung ist das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Willens schlechthin bedeutungslos; denn die Verkehrsauffassung verlangt auch dann die Anerkennung einer vertraglichen Bindung, wenn ein entgegenstehender Wille vorhanden und möglicherweise sogar kundgetan ist. Begründet werden die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge vielmehr durch die tatsächlichen aufeinander bezogenen Handlungen ^{86.)}, denen diese konstituierende Kraft innewohnt auf Grund der allein entscheidenden Verkehrsauffassung ^{87.)}, die ihrerseits "Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung"

Anders verhält es sich mit Geistesschwachen und Minderjährigen. Diese besitzen im allgemeinen ein solches Mass an Einsicht und Lebenserfahrung, dass es gerechtfertigt erscheint, das Schutzprinzip zurücktreten zu lassen und eine Zahlungsverpflichtung anzuerkennen.

85) Larenz I S. 1899.

86) Haupt I S. 22; Larenz I S. 1898 f. u. II S. 31; Betti S. 256; Esser III S. 95 ff.; Simitis S. 527 f.; mit Einschränkungen auch Wieacker III S. 34 ff. u. II S. 290 u. V S. 61 f.

87) Larenz I S. 1899 u. II S. 31 ff. (S. 32: "rechts schöpferische Überzeugung der Verkehrsgemeinschaft . . .") u. V S. 863; Betti S. 255 f.

ist 88.) 89.).

Die so entstandenen Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge unterscheiden sich lediglich durch ihren Entstehungsgrund von anderen Vertragsverhältnissen. Im übrigen stehen sie diesen in vollem Umfange gleich, soweit sich nicht aus der besonderen nicht-rechtsgeschäftlichen Natur des Entstehungsvorganges ein anderes ergibt. Ob sie nur auf die dargelegte Weise^{90.)}, also durch sozialtypisches Verhalten, oder daneben auch noch durch Vertragsschluss begründet werden können, braucht in der

88.) Larenz I S. 1899.

89.) Der Lehre von der Begründung der Vertragsverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge durch "sozialtypisches" Verhalten folgen auch zwei Senate des BGH. Erstmals hat der V. Zivilsenat in BGHZ 21, 319 = NJW 56, 1475 ff. = JZ 57, 61 f. sich dieser Ansicht angeschlossen. In seiner Begründung beruft er sich dabei auf die Lehrmeinungen von Haupt I S. 22, Tasche S. 128 und Larenz II § 4. Der V. Zivilsenat hat in dem genannten Fall, wo ein Autofahrer seinen Wagen auf einem bewachten und gebührenpflichtigen Parkplatz mit der ausdrücklichen Erklärung abstellte, er lehne die Bezahlung einer Bewachungsgebühr ab, da er im Rahmen des Gemeingebrauches handle, gleichwohl ein Vertragsverhältnis zwischen Benutzer und Bewahrer bejaht. Und zwar sei dieses, so führt der Senat aus, schon durch den tatsächlichen Vorgang der Benutzung entstanden. Auf eine etwaige abweichende innere Einstellung des Benutzers komme es selbst dann nicht an, wenn diese von vornherein zum Ausdruck gebracht worden sei. Dieser Ansicht des V. Senates hat sich der VIII. Zivilsenat in BGHZ 23, 175 ff. = JZ 57, 275 ff. angeschlossen. Er erklärt: "Gerade im Rahmen der öffentlichen Versorgung mit Gas, Wasser und Elektrizität ermöglicht die Betrachtungsweise dieses (des o.a., der Verf.) Urteils befriedigende Ergebnisse". In einer Entscheidung vom 30. VI. 1959 hat sich der VIII. Senat anscheinend erneut zu dieser Rechtsprechung bekannt; BGHNJW 59, 1676 (nur Leitsatz).

90.) So Simitis S. 528.

vorliegenden Arbeit nicht weiter untersucht zu werden 91.).

C.) Auswertung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen im Hinblick auf die Frage, ob ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage entstehen kann.

Nachdem die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, soweit sie etwas über die Entstehungsgründe der betreffenden Vertragsverhältnisse aussagt, dargestellt worden ist, gilt es nunmehr, die Frage zu untersuchen, ob die erarbeiteten Rechtsgrundsätze die Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage ermöglichen. Dabei sind zwei Gesichtspunkte auseinander zu halten. Einmal sind die einzelnen faktischen Vertragsverhältnisse im Hinblick auf eine etwaige Erweiterungsfähigkeit ihrer rechtlichen Grundgedanken in Richtung auf ein nicht-rechtsgeschäftliches HÜV. zu untersuchen. Und zum anderen kommt es darauf an,

91.) Ohne Bedeutung sind für die vorliegende Arbeit auch die Versuche Bettis S. 266 u. 269 sowie Essers III S. 97, die ohne Willenserklärungen zustandekommenden Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge als "Rechtsgeschäfte" zu erklären. Ob eine derartige Erweiterung des Begriffes des Rechtsgeschäftes mit dem "Geist" der Rechtsgeschäftslehre des BGB vereinbar ist, erscheint zweifelhaft. Aber hierauf kommt es für uns nicht an; wesentlich ist allein, dass der Entstehungsgrund der Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge rein tatsächlicher Art ist. Demgemäss werden die Begriffe "rechtsgeschäftlich" und "nicht-rechtsgeschäftlich" in der vorliegenden Arbeit auch nur im eigentlichen Sinne des BGB verwendet. "Nicht-rechtsgeschäftlich" bedeutet also in unserem Zusammenhang lediglich "ohne Willenserklärung". Zum "Geist" des Rechtsgeschäftes s. im übrigen Esser III S. 98 und Betti S. 266.

welche Erkenntnis die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ganz allgemein vermittelt.

I.) Faktische Gesellschaft und faktisches Arbeitsverhältnis.

Zunächst ist zu erörtern, ob die Rechtsgrundsätze der faktischen Gesellschaft und des faktischen Arbeitsverhältnisses, die sich dogmatisch im wesentlichen gleichen, Anhaltspunkte für die Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage ergeben. Denn eine rechtlich befriedigende Lösung unserer im Bereich der bauerlichen Hoferbfolge liegenden Fälle ist, wie oben festgestellt, trotz fehlender Willenseinigung nur durch Bejahung eines HÜVes. zu erreichen. Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich also mit der Frage, ob den rechtlichen Kern der genannten Rechtsgrundsätze ein nicht-rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund bildet, der auch auf HÜVe. anwendbar ist - ebenso wie auch das Institut "Vertragsschluss" sowohl Gesellschafts- und Arbeits- wie auch Hofübergabevertragsverhältnisse zu begründen vermag.

- 1.) Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der Rechtsgrundsätze des faktischen Gesellschafts- und Arbeitsverhältnisses in den vorliegenden Erbfolgefällen erscheint nur dann zulässig, wenn es sich dabei in dogmatischer Hinsicht im wesentlichen um die gleichen Fallgestaltungen handelt. Das trifft jedoch nicht zu. Die dogmatische Rechtfertigung für die Anerkennung des faktischen Gesellschafts- und Arbeitsverhältnisses ergibt sich aus einer restriktiven Auslegung der gesetzlichen Nichtigkeitsbestimmungen. Diese gesetzestreue, da gewohnheitsrechtlich zulässige Massnahme führt dazu, den Vertrag, der nach dem Wortlaut des Gesetzes rückwirkend

nichtig zu sein hätte, als Rechtsgrundlage für die genannten Vertragsverhältnisse bis zur Geltendmachung des Mangels beizubehalten. Damit ist das Merkmal gekennzeichnet, das einer Ausdehnung des der faktischen Gesellschaft und dem faktischen Arbeitsverhältnis zugrunde liegenden Rechtsgedankens in Richtung auf ein nicht-rechtsgeschäftliches HÜV. entgegensteht. Bei jenen Vertragsverhältnissen ist und bleibt es der Vertrag, der den tragenden Rechtsgrund für ihre Entstehung und Wirksamkeit angibt; ein Entstehungsgrund nicht-rechtsgeschäftlicher Natur ist dagegen nicht vorhanden. Ein Vertrag liegt aber in unseren Fällen im Verhältnis vom Hofeigentümer zum Hofanwärter nicht vor, und zwar weder ein mangelhafter noch gar ein fehlerfreier. Es ist eben das Wesen unseres Problems, dass sich die Beteiligten über die Hoferbfolge überhaupt noch nicht geeinigt haben, und zwar auch nicht in einer rechtlich fehlerhaften Weise. Deshalb ist auch für die Grundsätze der faktischen Gesellschaft und des faktischen Arbeitsverhältnisses in unserem Zusammenhang kein Platz. Es kann zwischen Bauer und Hofanwärter kein nichtiger Vertragsschluss im Wege der Restriktion geheilt werden, da es gerade an der begriffsnotwendigen Voraussetzung hierfür, nämlich dem Vertragsschluss selbst, fehlt.

- 2.) Ausser dieser dogmatischen Gestalt des faktischen Gesellschafts- und Arbeitsverhältnisses einerseits und der vorliegenden Erbfolgefälle andererseits sind auch deren Interessenlagen verschieden. Zwar liegt sowohl bei jenen Vertragsverhältnissen wie auch bei unseren Erbfolgefällen die rechtliche Lösung in der Anwendung vertraglicher Regeln auf die tatsächlichen Verhältnisse und Umstände. In formaler Beziehung geht es also um die

Anwendung desselben rechtlichen Gestaltungsmittels, eben des Vertragsverhältnisses. Aber gleichwohl sind die wirtschaftlichen Interessen, die ihre Ordnung durch das Mittel Vertragsverhältnis erhalten sollen, in beiden Fällen ganz verschieden.

Ist eine Gesellschaft oder ein Arbeitsverhältnis mit rechtlichen Mängeln behaftet, so zeitigen sie nach dem Wortlaut des Gesetzes keinerlei Rechtsfolgen. Dies ist jedoch dann nicht durchführbar, wenn die betreffenden Vertragsverhältnisse tatsächlich verwirklicht, also tatsächliche Verhältnisse und Umstände unwiderruflich geschaffen worden sind (s.o.S. 66 u. 78). Aus diesem Grunde wird, wie dargelegt, bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Mangels ein Gesellschafts- bzw. Arbeitsverhältnis als bestehend angesehen. Die Anerkennung eines faktischen Gesellschafts- und Arbeitsverhältnisses erfolgt mithin ausschliesslich zum Zwecke der Ordnung in der Vergangenheit liegender Zustände. Faktische Gesellschaft und faktisches Arbeitsverhältnis sind in diesem Sinne Abwicklungsvertragsverhältnisse ^{92.)}, deren Existenz mit ihrer Zweckerfüllung, also der durchgeführten Abwicklung, erlischt.

Anders verhält es sich bei unseren bauerlichen Erbfolgefällen. Hier sind zwar auch tatsächliche Verhältnisse und Umstände dadurch geschaffen worden, dass sich der Hofanwärter mit seiner ganzen Lebensführung endgültig auf die spätere Hofübernahme eingestellt hat. Deren rechtliche Ordnung hat aber nicht für die Vergangenheit zu erfolgen; etwa dadurch, dass dem Hofanwärter Ausgleichsansprüche für seine bisherige Tätigkeit zugebilligt werden, er aber im übrigen den Hof zu verlassen hat (s.o.

92.) Vgl. Larenz I S. 1898 u. III S. 247.

S. 28 f.). Vielmehr ist in unseren Fällen das rechtlich anzustrebende Ziel, die gegebenen bäuerlichen Verhältnisse dadurch zu ordnen, dass ein Vertragsverhältnis zwischen Hofeigentümer und Hofanwärter anerkannt wird. Das heisst aber nichts anderes, als dass zwischen den Beteiligten ein HÜV. zustandekommen soll, um auf diese Weise dem Hofanwärter einen Anspruch auf Übertragung des Hofes zu verschaffen und damit seine wirtschaftliche Zukunft zu sichern.

Bei der faktischen Gesellschaft und dem faktischen Arbeitsverhältnis geht das Interesse der Beteiligten also dahin, in der Vergangenheit liegende tatsächliche Zustände mit vertraglichen Mitteln zu ordnen, während im Bereich der bäuerlichen Hoferbfolge das Interesse des Hofanwärters darin besteht, mit Rücksicht auf die endgültig geschaffenen Lebensverhältnisse einen Anspruch zu erhalten, der ihm für die Zukunft den Hof sichert.

Nach alledem ist zusammenfassend festzustellen: Eine Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage in entsprechender Anwendung oder Erweiterung der Rechtsgrundsätze der faktischen Gesellschaft und des faktischen Arbeitsverhältnisses ist rechtlich unzulässig; denn diese Grundsätze heilen einen nach dem Wortlaut des Gesetzes nichtigen oder anfechtbaren Vertragsschluss, während in unseren Erbfolgefällen überhaupt kein Vertragsschluss gegeben ist. Ferner ist die Interessenlage, für welche die genannten Grundsätze entwickelt worden sind, von der im Bereich der bäuerlichen Hoferbfolge vorhandenen verschieden ^{93.)}.

93.) Aus den im Text dargelegten Gründen kann auch Wieacker II S. 290 nicht gefolgt werden, wenn er im Hinblick auf die in der Rechtsprechung des BGH erkennbare Tendenz (s.o. S. 36 f.),

II.) Die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge (sozialtypisches Verhalten).

Unter dem Oberbegriff "faktische Vertragsverhältnisse" verbergen sich, was den hier zur Erörterung stehenden Entstehungsgrund der betreffenden Vertragsverhältnisse betrifft, ganz verschiedene Erscheinungen^{94.)}. Im Gegensatz zum faktischen Gesellschafts- und Arbeitsverhältnis beruhen die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge auf einem nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund, dem sog. sozialtypischen Verhalten der Beteiligten (s.o. S. 87).

1.) In formaler Beziehung gleichen die vorliegenden

HÜVe. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage anzuerkennen, unter Ablehnung einer Analogie zu den Vertragsverhältnissen der Daseinsvorsorge ausführt: "Wenn man schon in der anerkannten Rechtsprechung Muster für umfassende Wirkungen vertragsloser Lebensvorgänge sucht, so liegt es näher, an die faktische Gesellschaft oder das faktische Arbeitsverhältnis zu denken, wo es sich wie hier (sc. bei der bürgerlichen Hoferbfolge, der Verf.) um die richterliche Abstützung lebenswichtiger Dispositionen der beruflichen Einzelexistenz handelt, die durch rechtliche Mängel bedroht werden". Soweit Wieacker darauf hinweist, dass es in den vorliegenden Erbfolgefällen um ebenso elementare Lebensentscheidungen gehe wie bei dem verwirklichten Gesellschafts- und Arbeitsverhältnis, ist ihm beizupflichten. Dagegen ist es verfehlt, die faktische Gesellschaft und das faktische Arbeitsverhältnis als "vertragslose" Lebensvorgänge zu bezeichnen; denn beide Vertragsverhältnisse haben ihren Rechtsgrund, wie oben dargelegt, in einem Vertragsschluss.

Gegen eine Anwendung der in Rede stehenden Rechtsgrundsätze auf die Entstehung eines HÜVes. spricht sich auch, freilich ohne genauere Begründung, Pikalo S. 196 aus.

- 94.) Die Zusammenfassung dieser Erscheinungen unter einem Oberbegriff ist deshalb auch wenig glücklich. Ebenso Larenz I S. 1898.

Fallgestaltungen der bäuerlichen Hoferbfolge denjenigen der Daseinsvorsorge dadurch, dass sie ebenso wie diese trotz fehlender Willenseinigung nur dadurch in einer rechtlich befriedigenden Weise zu regeln sind, dass eine vertragliche Bindung der Beteiligten anerkannt wird. Für den Lebensbezirk der Daseinsvorsorge hat dieses Erfordernis in dem sozialtypischen Verhalten zur Anerkennung eines Entstehungsgrundes tatsächlicher Art geführt. Dementsprechend könnte man in Erwägung ziehen, den für die Daseinsvorsorge geltenden Rechtsgedanken auch auf unsere Fälle unmittelbar oder sinngemäss anzuwenden, dergestalt, dass ein für bäuerliche Verhältnisse typisches Verhalten ohne Erklärungsgehalt ein HÜV. zustande zu bringen vermöchte. Das würde bedeuten, dass dann, wenn bestimmt geartete bäuerliche Verhältnisse und Umstände vorhanden wären, auf deren Grundlage ohne weiteres ein Hofübergabevertragsverhältnis anzuerkennen wäre. Von ähnlichen Erwägungen scheint der BGH auszugehen, wenn er ausführt ^{95.)}: "Die im Bauernstand seit langem verbreitete Übung, die Erbfolge in den Hof schon bei Lebzeiten bindend zu regeln, legt eine Übertragung der Gedankengänge von den Erscheinungen des Massenverkehrs auf typische Vorgänge auf dem Gebiete des Höferechts nahe". Der Gedankengang des BGH ist dabei offensichtlich der, dass das für "typische" Vorgänge der Daseinsvorsorge geschaffene Gestaltungsmittel des nicht-rechtsgeschäftlichen Vertragsverhältnisses auch auf solche Erscheinungen der bäuerlichen Erbfolge Anwendung finden soll, die als "typisch" für den bäuerlichen Lebensbereich zu gelten haben; typisch in letzterem Sinne ist die ländliche Gewohnheit, die Erbfolge in den Hof schon zu Lebzeiten des Hofeigentümers vertraglich fest-

95.) BGHZ 23, 261 = RdL 57, 100.

zulegen 96.), und zwar durch Übergabe- oder Erbvertrag. Hier interessiert freilich nur - entsprechend dem Thema - der Übergabevertrag.

Gegen einen derartigen formal begründeten Analogieschluss, wie ihn der BGH anscheinend vornehmen möchte, bestehen jedoch durchgreifende Bedenken materieller Art. Es kann zwar gerechtfertigt sein, wie noch zu zeigen sein wird, in bestimmten Fällen HÜVe. ohne Vertragsschluss anzuerkennen. Dies aber durch eine Übertragung des für die Entstehung von Vertragsverhältnissen im Bereich der Daseinsvorsorge geltenden Rechtsprinzips auf das Zustandekommen eines HÜVes. anzustreben, erschiene nur dann zulässig, wenn in diesem Falle im wesentlichen die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Grundvoraussetzungen vorhanden wären wie bei der Daseinsvorsorge. Das trifft jedoch, wie im folgenden darzulegen ist, nicht zu.

- 2.) Unsere Erbfolgefälle eint, wie dargelegt, mit den Erscheinungen der Daseinsvorsorge der Gesichtspunkt, dass sie Vertragsrecht zu unterstellen sind. Beide Male ist also für die jeweils Beteiligten ein Vertragsverhältnis das geeignete Mittel, den Rahmen für die rechtliche Erfassung der vorhandenen Interessen, soweit sie für die Rechtsordnung von Bedeutung sind, zu bilden. Für den jeweiligen Berechtigten ist es das Mittel, die eigenen Interessen zur Geltung zu bringen und durchzusetzen, während es gleichzeitig dem Verpflichteten die Möglichkeit gibt, den Berechtigten bei seiner Rechtsverfolgung auf die aus dem Wesen des Vertragsverhältnisses sich ergebenden Grenzen zu verweisen. Insoweit

96.) So der BGH im Anschluss an Beseler, System des deutschen Privatrechts, 1885, § 193, sowie Sering-von Dietze, Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes in der Nachkriegszeit, 1930, S. 296.

lässt sich mithin von einer Identität der Interessenlagen bei der Daseinsvorsorge und Hoferbfolge reden.

Dennoch wird man sagen müssen, dass sich die Sach- und Interessenlage bei unseren Erbfolgefällen von derjenigen, die bei der Daseinsvorsorge vorliegt, im grundsätzlichen unterscheidet. Die Interessenlage bei unseren Erbfolgefällen von derjenigen, die bei der Daseinsvorsorge vorliegt, im grundsätzlichen unterscheidet. Die Interessenlage einerseits der Daseinsvorsorge und andererseits der einschlägigen Hoferbfolgefälle wird nicht allein dadurch gekennzeichnet, dass die Beteiligten gewisse Lebensbedürfnisse haben, zu deren Befriedigung ihnen Vertragsansprüche zu gewähren sind. Entscheidend für die Interessenlage ist vielmehr letztlich die Gestaltung der Lebensverhältnisse in ihrer Gesamtheit. Vergewärtigt man sich aber diese, so ergibt sich, dass die zur Erörterung stehenden bürgerlichen Lebensvorgänge mit denen der Daseinsvorsorge nichts gemein haben. Diese Situation hat Wieacker mit den Worten beschrieben 97.):

"In Wahrheit hat das Massentypische der modernen mit dem zeitlos Lebenstypischen der bürgerlichen Generationenfolge nichts zu tun." Damit ist der für uns wesentliche Gesichtspunkt charakterisiert. Die Daseinsvorsorge versorgt die Menschen mit den elementaren Lebensgütern. Für diese besteht ein unermesslicher Bedarf, was zur Folge hat, dass alle individuellen Unterschiede und Besonderheiten bei ihrer Verteilung zurückzutreten haben. Im Vordergrund steht allein das lebenswichtige Interesse nach Befriedigung der betreffenden Lebensbedürfnisse. Mit anderen Worten: Bei der Daseinsvorsorge geht

97.) Wieacker II S. 290.

es um massenhafte Befriedigung elementarer Lebensinteressen in nivellierter und typisierter Form.

Ganz anders verhält es sich dagegen in unseren Hoferbfolgefällen. Ein Erbfall tritt in jeder Generation nur ein einziges Mal ein. Er wird in bäuerlichen Kreisen durch den Abschluss von Übergabeverträgen regelmässig ersetzend vorweggenommen, damit auf diese Weise schon zu Lebzeiten der Beteiligten klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden. Derartige Hofübergabeverträge haben nichts Typisches und Nivelliertes an sich, wie es den Vertragsverhältnissen der Daseinsvorsorge anhaftet. Örtliche, wirtschaftliche und familiäre Verhältnisse, die in Hofübergabeverträgen stets berücksichtigt zu werden pflegen, geben jedem einzelnen Vertrag eine besondere Prägung; jeder Hofübergabevertrag trägt höchst individuelle Züge ^{98.)}. Hinzu kommt, dass die Wirkung der Übergabeverträge sich oft - ganz abgesehen von der Übereignung des Hofes - über einen grossen Zeitraum erstreckt, indem sie für lange Zeit das Leben der weichenden Erben des Übergabers auf den bäuerlichen Besitzungen mitbestimmen.

Schon angesichts dieser Unterschiede in der wesens- (interesse-) mässigen Ausgestaltung der Gesamtlebensverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge einerseits und der bäuerlichen Hoferbfolge andererseits erscheint es nicht zulässig, das gerade im Hinblick auf die Erscheinungen der Daseinsvorsorge entwickelte Institut des nicht-rechtsgeschäftlichen Vertragsverhältnisses ohne weiteres auch auf die vorliegenden Hoferbfolgefälle anzuwenden.

Hiergegen sprechen aber auch die folgenden rechtsdogmatischen Gründe.

98.) Siehe hierzu Roemer S. 289; Herminghausen S. 125.

- 3.) Die Anerkennung der verpflichtenden Kraft des sozialtypischen Verhaltens für den Bereich der Daseinsvorsorge ist das Ergebnis einer Rechtsfortbildung. Diese war erforderlich und zulässig, um der nach dem Inkrafttreten des BGB eingetretenen Veränderung der tatsächlichen Lebensverhältnisse - den von Esser 99.) so genannten "neuen Erscheinungen" - gerecht werden zu können; denn diese hatten eine Gesetzeslücke zur Folge (s.o. S. 88) und machten somit für ihren Bereich die rechtliche Anerkennung eines ganz neuen Entstehungsgrundes für Vertragsverhältnisse notwendig.

Von den neuen Erscheinungen in diesem Sinne kann aber im bäuerlichen Lebensbereich der Hoferbfolge nicht gesprochen werden. Hier haben sich die Lebensverhältnisse weder grundlegend geändert, noch sind neue tatsächliche Umstände aufgetreten. Die Schwierigkeiten, die sich für einen Hofanwärter ergeben, wenn er sich unter Duldung des Bauern auf die spätere Hofübernahme mit seiner Lebensführung eingerichtet hat und der Bauer gleichwohl den Hof später jemand anders zukommen lassen will, sind stets dieselben geblieben. Hieran hat sich seit dem Inkrafttreten des BGB nichts geändert. Es war schon zu diesem Zeitpunkt und ist auch heute noch für den Anwärter eine entscheidende Existenzfrage, ob er den Hof erhält. Was sich in letzter Zeit in dieser Hinsicht geändert haben dürfte, ist unsere Erkenntnis; wir erkennen mit grösserer Deutlichkeit und Schärfe all die Schwierigkeiten und Unbilligkeiten, die es in unseren Fällen für den Anwärter mit sich bringt, wenn der Bauer sein Bestimmungsrecht in einer Weise auszuüben gedenkt, die dem Anwärter den Hof für immer entziehen würde. Unser Rechtsgefühl

99.) Esser III S. 88.

verlangt in derartigen Fällen eine Bindung des Hofeigentümers zugunsten des betreffenden Anwärters. Die Erkenntnis dieser Notwendigkeit hat sich nicht erst seit dem ersten einschlägigen Beschluss des BGH aus dem Jahre 1954 Bahn gebrochen^{100.)}. Auch das REHG, dem ebenfalls Fälle der vorliegenden Art zur Entscheidung vorgelegen haben, hat mit den rechtlichen Mitteln, die das REG zur Verfügung stellte, eine Bindung des Hofeigentümers zugunsten des fraglichen Hofanwärters angestrebt^{101.)}.

100.) BGHZ 12, 286 ff. = RdL 54, 153 ff.

101.) In einer Entscheidung vom 18.XI.1938 - REHG 6, 138 ff. - hatte ein Hofeigentümer einem seiner Söhne den Hof in Aussicht gestellt und diesen Sohn jahrelang den Hof bewirtschaften und dortselbst auch heiraten lassen. Darin, dass der Bauer ohne zwingende Gründe eine andere Person zum Hoferben unter Umgehung dieses Sohnes bestimmte, hat das REHG einen Verstoss gegen die bäuerliche Denkungsweise gesehen. Es nahm dementsprechend einen Missbrauch des Bestimmungsrechtes durch den Bauern an und erkannte diesem mit der Ehrbarkeit die Bauernfähigkeit ab. In einer weiteren Entscheidung vom 16.V.1940 - REHG 7, 362 ff. - führt das REHG aus, dass der ungerechtfertigte Bruch einer formlosen Zusage des Bauern, den Erbhof einer von mehreren Töchtern zu überlassen, einen Missbrauch des freien Bestimmungsrechts darstellen könne, wenn die Zusage durch entsprechende Handlungen bekräftigt worden sei. Das REHG hat in diesem Falle der übergangenen Tochter ein Beschwerderecht gegen den mit einer anderen Tochter abgeschlossenen Übergabevertrag zugebilligt. In beiden Entscheidungen hat das REHG also eine Bindung des Hofeigentümers auf Grund tatsächlicher Verhältnisse in Verbindung mit Versprechungen angenommen. Der BGH hat sich in BGHZ 12, 302 = RdL 54, 157 ("Dieser Auffassung des REHG ist beizupflichten.") und RdL 55, 199 ausdrücklich auf die angeführte Rechtsprechung des REHG bezogen. Wieacker I S. 117 kritisiert diese Bezugnahme mit der Begründung, dass sich - im Unterschied zum BGH - das REHG im Sinne des als Richtlinie verbindlichen "Verspruches" zum REG für befugt halten konnte, die ideologischen Zielsetzungen des REG in freiem Richterrecht fortzuentwickeln. Dass

Ist demnach lediglich unsere Einsicht in die massgebenden tatsächlichen Verhältnisse des bürgerlichen Lebensbereiches besser und tiefer geworden, während diese selbst unverändert geblieben sind, so ist auch - im Gegensatz zur Daseinsvorsorge - eine Gesetzeslücke nicht vorhanden ^{102.)}. Mit deren Fehler ist aber auch die Möglichkeit genommen, im Wege der Rechtsfortbildung einen ganz neuen Entstehungsgrund für HÜVe. anzuerkennen. Denn ebenso wie eine Gesetzeslücke die dogmatische Voraussetzung für die Anerkennung des sozialtypischen Verhaltens als Verpflichtungsgrundes innerhalb der Daseinsvorsorge war, könnte auch ein HÜV. ohne Vertragsschluss in Erweiterung oder sinngemässer Anwendung dieses Entstehungsgrundes nur bei Vorhandensein einer Lücke im Gesetz angenommen werden. Da aber eine solche nicht vorhanden ist, ist für die zur Erörterung stehenden Erbfolgefälle die Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes, der keine Grundlage im Gesetz hat, unzulässig. Es gilt, einen anderen Weg zu finden, um auch in unserem Zusammenhang durch Bejahung eines HÜVes. dem Rechtsempfinden Rechnung zu tragen.

- 4.) Einer Weiterentwicklung des für die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge geltenden Entstehungsgrundes im dargelegten Sinne steht ferner dessen Geltungsbereich entgegen. Das sog. sozialtypische Verhalten gibt schlechthin für alle Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge den Entstehungsgrund ab; jedes derselben kann auf diese Weise be-

diese Ansicht Wieackers unzutreffend ist, ergeben die weiteren Ausführungen dieser Arbeit.

- 102.) Es ist auch nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber unsere Fälle nicht gekannt oder übersehen hat, so dass auf diese Weise eine Lücke im Gesetz entstanden wäre. Ebenso Reinicke I S. 1065 u. II S. 645.

auf diese Weise begründet werden. Das sozialtypische Verhalten ist somit als ein Entstehungsgrund allgemeingültiger Art anzusehen. Im Unterschied dazu geht es in unseren Fällen keineswegs darum, in diesem Sinne einen neuen allgemeingültigen Entstehungsgrund für HÜVe. zu ermitteln. Dazu besteht keine Notwendigkeit. Entstehungsgrund für HÜVe. ist weiterhin grundsätzlich die rechtsgeschäftliche Willenseinigung der Parteien. Es kommt für uns lediglich darauf an, ob für ganz bestimmt gelagerte Fälle ausnahmsweise ein Entstehungsgrund nicht-rechtsgeschäftlicher Natur anerkannt werden kann. Das bedeutet aber in rechtlicher Hinsicht etwas ganz anderes als das, worum es in der Daseinsvorsorge geht, so dass auch deshalb eine Lösung unserer Fälle in Analogie zu jener nicht möglich erscheint.

- 5.) Hiergegen spricht schliesslich auch noch folgende Erwägung. Bei der Begründung der Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge kommt es auf den Willen der Beteiligten nicht an. Ihnen wird ihr Verhalten in jedem Falle als Vertragsverhältnis zugerechnet, unbeschadet ihrer inneren Bereitschaft zur Übernahme der vertraglichen Verpflichtungen. Selbst ein von vornherein zum Ausdruck gelangter entgegenstehender Wille verhindert nicht den Eintritt der Vertragsbeziehung (s. o. S.88 f). Ein solches rechtliches Ergebnis ist für den Massenverkehr zum Zwecke seiner reibungslosen Abwicklung angemessen und brauchbar. Dagegen erscheint es nicht zulässig, auch im Bereich der bäuerlichen Hoferbfolge den inneren Willen der Beteiligten, namentlich des Hofeigentümers, in jedem Falle für gänzlich unbeachtlich zu erklären. Das würde eine Aufhebung der Testierfreiheit für diesen Lebensbezirk bedeuten - eine Massnahme, die mit den Grundvorstel-

lungen unserer Rechtsordnung nicht mehr in Einklang zu bringen wäre. In welchem Umfange freilich auch bei einem etwaig anzuerkennenden HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage der Willensrichtung der Beteiligten, namentlich der des Hofeigentümers, noch Bedeutung beizumessen ist, braucht an dieser Stelle nicht näher untersucht zu werden (s.u.S.160). Denn die im vorhergehenden dargelegten Gründe rechtfertigen bereits für sich allein die Ablehnung einer sinngemässen Weiterentwicklung des für die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge geltenden Entstehungsgrundes in Richtung auf ein nicht-rechtsgeschäftliches HÜV. Es genügt hier insoweit die (vorweggenommene, s. u. S.160 f.) Feststellung, dass eine vertragliche Bindung des Hofeigentümers dann nicht eingetreten sein kann, wenn er es von vornherein unzweideutig abgelehnt hat, sich bezüglich der Hoferbfolge bereits irgendwie festzulegen. Dieser Umstand aber unterscheidet unsere Fälle in rechtlicher Beziehung grundlegend von den Erscheinungen der Daseinsvorsorge.

- 6.) Endlich kann auch darauf verzichtet werden, an dieser Stelle bereits zu untersuchen, ob und gegebenenfalls welche Bedeutung der für Hofübergabeverträge geltenden Formvorschrift des § 313 zukommt, wenn HÜVe. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage zustande kommen sollen. Namentlich braucht nicht erörtert zu werden, ob § 313 überhaupt der Anerkennung eines Entstehungsgrundes tatsächlicher Natur für HÜVe. entgegensteht. Denn schon die oben ausgeführten Gründe ergeben die Unzulässigkeit einer Ausdehnung oder entsprechenden Anwendung des für die Daseinsvorsorge geltenden Entstehungsgrundes. Auf die Frage, ob darüber hinaus auch der Formzwang dem entgegensteht, kommt es nicht mehr an. Weiter unten (S. 132 ff.) wird darauf jedoch

zurückzukommen sein.

Zusammenfassend ist festzustellen: Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung bzw. eine sinngemässe Weiterentwicklung des für die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge geltenden nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes, des sog. sozialtypischen Verhaltens, in Richtung auf einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund für HÜVe. ist unzulässig. Denn einmal ist die Interessenlage in beiden Fällen grundsätzlich verschieden; ferner fehlt es im Bereich der bauerlichen Hoferbfolge an einer Gesetzeslücke, die durch einen neuen Verpflichtungsgrund auszufüllen wäre, während eine solche bei der Daseinsvorsorge gegeben ist; Darüber hinaus ist das sozialtypische Verhalten ein neuer Entstehungsgrund allgemeingültiger Art, wogegen es in unserem Zusammenhang lediglich darum geht, für Ausnahmefälle einen Verpflichtungsgrund ohne Erklärungsgehalt anzuerkennen; endlich kommt in unseren Fällen - im Gegensatz zur Daseinsvorsorge - der Willensrichtung der Beteiligten noch eine beschränkte Bedeutung zu ^{103.)}.

103.) Mit der Erkenntnis, dass eine rechtliche Lösung unserer Hoferbfolgefälle in Analogie zur Figur des sozialtypischen Verhaltens wegen der divergierenden Interessen- und Rechtslage nicht möglich ist, erweist sich auch die Unhaltbarkeit der dahin zielenden Tendenz in der Rechtsprechung des BGH (s.o.S. 36 f.). Es müsste m. E. als ein dogmatischer Irrtum bewertet werden, wenn der BGH in seinem - im übrigen billigen - Bestreben, in unseren Fällen zur Anerkennung eines HÜVe. zu gelangen, den eingeschlagenen Weg weiter beschritte. Gegenüber einem derartigen Vorgehen würde der Vorwurf Lehmanns III S. 2, der im Hinblick auf die fragliche Tendenz von einer "Verwilderung" der Rechtsprechung spricht, nicht fehlgehen.

In dem umfangreichen Schrifttum zur Rechtsprechung des BGH zur Frage der formlosen Hoferbenbestimmung ist die Tendenz, HÜVe. auf

III.) Die durch die Lehre von den faktischen
Vertragsverhältnissen vermittelte all-
gemeine Erkenntnis.

Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen enthält nach dem Gesagten keine rechtlichen Anknüpfungspunkte für die Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage. Sie bietet weder einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund an, der allgemein verwertbar wäre und so auch in den vorliegenden Erbfolgefällen ein HÜV. zu begründen vermöchte; noch enthält sie sonst allgemein brauchbare Rechtsprinzipien. Die Anwendung ihrer Rechtsgrundsätze bleibt vielmehr auf die einzelnen Erscheinungen, für die sie entwickelt worden sind, beschränkt. Gleichwohl vermitteln die faktischen Vertragsverhältnisse in

nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage anzuerkennen, eigentlich nur von einer verhältnismäßig kleinen Anzahl von Autoren erkannt worden. Wieacker II S.290 f., aber auch I S.122, setzt sich mit ihr grundsätzlich auseinander; er lehnt sie ab mit der Begründung, sie bedeute eine Gefährdung des Prinzips der Privatautonomie. Auf diesen Gesichtspunkt wird später noch zurückzukommen sein (s.u. S. 160). Siehe zu Wieackers Ansicht auch oben S. 99. Schulte VI S.363 sagt: "Man kann sie (die Hofübergabeverträge, der Verf.) nicht in das Schema pressen, das auf die Erscheinungen des Massenverkehrs unter großstädtischen Verhältnissen paßt." Er scheint seine ablehnende Einstellung gegenüber der fraglichen Tendenz also auch mit der ebenfalls von uns herangezogenen unterschiedlichen Interessenlage bei der bauerlichen Nachfolge in den Hof einerseits und der Daseinsvorsorge andererseits zu begründen. Lehmann III S.2 wendet sich entschieden gegen die Absicht des BGH, da sie Ausdruck einer ungebundenen Interessenjurisprudenz sei und somit eine Gefahr für die Rechtssicherheit bedeute. Lorenz S.406 sieht in ihr einen unzulässigen Versuch, durch Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes bestimmte Formvorschriften, hier den

ihrer Gesamtheit, so sehr sie sich im einzelnen tatbestandlich auch voneinander unterscheiden, eine mehr allgemein gehaltene Erkenntnis, die auch in unserem Zusammenhang verwertbar ist.

Unter den faktischen Vertragsverhältnissen insgesamt sind vertragliche Rechtswirkungen zu verstehen, die in bestimmten rechtserheblichen Tatsachen ihre Grundlage haben. Letzteres scheint auf den ersten Blick nichts Besonderes zu sein; denn im geltenden Zivilrecht sind es stets und auch nur Tatsachen in diesem Sinne, die Rechtswirkungen auszulösen pflegen. Insoweit unterscheiden sich mithin die faktischen Vertragsverhältnisse weder von den Rechtswirkungen im allgemeinen noch von den Vertragswirkungen im besonderen.

Dennoch gibt es einen Unterschied zwischen

§ 313, "funktionslos" zu machen und so zur Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge zu gelangen. Auf den Gesichtspunkt, welche Bedeutung Formvorschriften haben, wenn keine Willenserklärungen vorliegen, wird später (s.u. S. 132) noch zurückzukommen sein. Reinicke II S. 645 hält-insoweit in Übereinstimmung mit der oben S. 10ff. vertretenen Ansicht - das Bestreben des BGH für gesetzwidrig, da es an einer Gesetzeslücke fehle. Roemer S.286, Pikalo S.196 und Humbert II S.164 verhalten sich gleichfalls ablehnend, freilich ohne genauere Begründung. Simitis geht in seiner umfangreichen Monographie, soweit ersichtlich, auf die fragliche Tendenz der BGH nicht ein; s. namentlich Simitis S.566 ff. : Ablehnen ebenfalls Siebert VI S. 39 Fussnote 126.

Das gesamte übrige Schrifttum würdigt die einschlägige Rechtsprechung des BGH abschließlich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt, ob ein unter Nichtbeachtung von § 313 geschlossener Hofübergabevertrag trotz § 125 gemäß § 242 ausnahmsweise wirksam sein kann. Soweit diese Ansichten für uns von Belang sind, werden sie weiter unten im Text dargestellt und gewürdigt werden.

den faktischen und allen übrigen Vertragsverhältnissen. Daß ein ohne Mängel durch rechtsgeschäftliche Willenseinigung zustande gekommenes Vertragsverhältnis die von den Parteien gewollten Rechtsfolgen zeitigt, beruht auf einem dahingehenden ausdrücklichen Befehl der Rechtsordnung. Ob nämlich ein Lebenstatbestand ein gültiges Vertragsverhältnis begründet oder nicht, das zu bestimmen liegt bei der Rechtsordnung^{104.)}. Es sind nicht die Tatsachen als solche, die aus sich heraus, d.h. ohne entsprechende Gesetzesanordnung, Rechtsfolgen nach sich ziehen. Es ist also allein die Rechtsordnung, die befiehlt, daß der mangelfrei gebildete und geäußerte Wille Vertragswirkungen auslöst^{105.)}.

Demgemäß können auch die Wirkungen der faktischen Vertragsverhältnisse nur auf einem entsprechenden Willen der geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtsordnung beruhen. Bei dieser Feststellung ergibt sich aber ein Bedenken; denn die faktischen Vertragsverhältnisse kommen zur Entstehung, obgleich der Wortlaut des Gesetzes, d.h. die Rechtsordnung, das nicht ausdrücklich gebietet. Bei den faktischen Gesellschafts- und Arbeitsverhältnissen verhält es sich sogar so, daß sie entgegen dem Wortlaut des Gesetzes zustande kommen (s.o. S.72 u.78). Auch die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge beruhen auf einem vom Gesetz nicht ausdrücklich normierten Entstehungsgrund (s.o. S. 87). Die faktischen Vertragsverhältnisse haben als solche demnach Anerkennung erlangt, obgleich es von der Rechtsordnung nicht vorgesehen

104.) Larenz III S.247.

105.) Siehe hierzu auch Enn.-Nipperdey § 145
II C.

war. Der Grund hierfür ist in der besonderen Gestaltung der durch das Mittel "faktisches Vertragsverhältnis" rechtlich zu ordnenden Tatsachenkomplexe zu sehen. Es ist eine bestimmte geartete Faktizität, die notwendig einer rechtlichen Ordnung bedarf, wobei diese nur durch eine Bejahung vertraglicher Beziehungen zwischen den Beteiligten in einer ^{als} Rechtsgefühl befriedigenden Weise herzustellen ist. Dabei ist das Mittel, durch welches es bei der Gesellschaft und dem Arbeitsverhältnis sowie bei der Daseinsvorsorge zur rechtlichen Anerkennung vertraglicher Beziehungen kommt, das der Rechtsfortbildung. Diese vollzieht sich nicht in einheitlicher Weise, sondern in einer den jeweiligen Erscheinungen angepaßten Form. So besteht die Rechtsfortbildung bei der Gesellschaft und dem Arbeitsverhältnis in der Restriktion, während die Vertragsverhältnisse der Daseinsvorsorge ihren Geltungsgrund in der Rechtsüberzeugung der Verkehrsgemeinschaft haben. Die durch die Rechtsfortbildung entstandenen neuen Rechtssätze sind ihrerseits Bestandteil der Rechtsordnung, so daß die faktischen Vertragsverhältnisse trotz entgegenstehendem Gesetzeswortlaut auf dem Willen der Rechtsordnung beruhen.

Für unseren Zusammenhang ergibt sich aus dem vorhergehenden: Wie die den faktischen Vertragsverhältnissen zugrunde liegenden Tatbestände bedürfen auch unsere Erbfolgefälle zu ihrer befriedigenden Lösung der Unterstellung unter Vertragsrecht, d.h. der Anerkennung eines HÜVes. Eine Analogie zu den rechtlichen Gestaltungsmitteln, mit denen dieses Ziel im Wege der Rechtsfortbildung bei den faktischen Vertragsverhältnissen erreicht worden ist, ist dabei nicht zulässig. Allgemein zeigt aber die Lehre von den faktischen Vertrags-

verhältnissen, daß die Rechtsordnung verschiedene Mittel zur Verfügung stellt, die im Wege der Rechtsfortbildung die Anerkennung von Vertragsverhältnissen auch dort erlauben, wo der Wortlaut des Gesetzes das nicht vorsieht. Demgemäß gilt es im folgenden zu untersuchen, ob die Rechtsordnung ein speziell unseren Fallgestaltungen angepaßtes Mittel kennt, das zur Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage berechtigt.

K a p i t e l IV (2. Hauptteil)

Treu und Glauben (§ 242) als Entstehungsgrund-

lage für Hofübergabevertragsverhältnisse.

A.) Allgemeines.

- I.) Als ein im Sinne der vorstehenden Ausführungen von der Rechtsordnung zur Verfügung gestelltes Mittel, mit dessen Hilfe bestimmte Sachverhalte ihre rechtliche Ordnung erfahren können, ist die Vorschrift des § 242 anzusehen, wonach der Schuldner die Leistung so zu erbringen hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Obgleich § 242 im "Recht der Schuldverhältnisse" steht, gilt er doch auch, wenn auch nicht unbeschränkt, im übrigen Bürgerlichen Recht. Aber nicht nur dieses allein, sondern darüber hinaus das gesamte Privat- und öffentliche Recht steht unter dem Gebot von Treu und Glauben. Treu und Glauben beherrschen schlechthin den Rechtsverkehr^{1.)}. Demgemäß wäre es grundsätzlich verfehlt, aus dem Wortlaut des § 242 feste tatbestandliche Voraussetzungen für die Anwendung dieses Grundsatzes entnehmen zu wollen. Hiervon sind Rechtslehre und Rechtsprechung seit langem abgegangen. Treu und Glauben haben nicht nur im Rahmen bereits bestehender Schuldverhältnisse für den Schuldner zu gelten, wie man ursprünglich aus dem Wortlaut

1.) Enn.-Nipperdey § 154 III 4; Esser I S.4; Schulte I S.179; RGR Kom. 1 zu § 242; Epping i. Schlegelberger-Vogels I 3c zu § 242; RGZ 107, 361; vgl. auch Wieacker IV S.45 u. Gernhuber S.156.

des § 242 folgerte. Sie sind vielmehr auch vom Gläubiger bei seiner Rechtsverfolgung zu beachten. Und daß darüber hinaus § 242 auch außerhalb bestehender Schuldverhältnisse von rechtlicher Bedeutung ist, wird sich weiter unten am Beispiel der culpa in contrahendo erweisen.

Alles in allem ist die Generalklausel des Treu-und-Glauben-Grundsatzes im Laufe der Zeit als ein rechtliches Prinzip erkannt worden, das es ermöglicht, für die verschiedensten Lebenssachverhalte eine rechtlich befriedigende Lösung zu finden. Dabei läßt sich nicht allgemein sagen, welche Lösung Treu und Glauben jeweils erfordern: entscheidend sind dafür stets die tatsächlichen Umstände des einzelnen Falles. Allgemein gegeben ist lediglich der Maßstab für deren rechtliche Bewertung^{2.)}.

II.) Indessen zeigt die praktische Anwendung des § 242 im Rechtsleben, daß es durchweg gleichgelagerte Tatbestände sind, zu deren rechtlicher Bewältigung Treu und Glauben herangezogen zu werden pflegen^{3.)}. Aus diesem Grunde ist es denn auch möglich, die Wirkungen und Aufgaben des § 242 trotz seiner allumfassenden Gültigkeit unter einheitlichen Gesichtspunkten für den Bereich des Zivilrechts zusammenzufassen. Das hat in jüngster Zeit Wieacker^{4.)} in engem Anschluß an Siebert^{5.)} getan.

2.) Siehe dazu Siebert i. Soergel A I u. III zu § 242; Böhle-Stamschräder i. Ermann 1 und 3 zu § 242; Scholz S. 81.

3.) Siebert i. Soergel A I 5 zu § 242.

4.) Wieacker IV S. 20 ff.

5.) Siebert i. Soergel Anm. zu § 242, insbesondere B ("Begründung von Pflichten"), C ("Unzulässigkeit eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens") und D ("Wegfall der Geschäftsgrundlage und Unzumutbarkeit").

Wieacker unterscheidet insgesamt drei verschiedene Funktionen des § 242 ("Funktionsschichten"). Deren erste sieht er darin, mit Hilfe von Treu und Glauben zu einer "sinngemäßen Verwirklichung des gesetzgeberischen Ordnungsplanes durch den Richter" 6.), d.h. zur Anerkennung gewisser Neben- und Schutzpflichten zu gelangen. Die zweite Funktionsschicht besteht - immer nach Wieacker - in der Gewährleistung einer gerechten und rechtsgenössischen Geltendmachung und Abwehr von Rechten durch die Parteien 7.); das sind die im Anschluß an Siebert so genannten Fälle der Unzulässigkeit eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens. In seiner dritten Funktion ist § 242 schließlich die formale Grundlage für eine fallweise erfolgende richterliche Durchbrechung des Gesetzesrechtes 8.).

Diese Dreigliederung, die auch bei anderen Autoren anklingt 9.), soll den folgenden Untersuchungen zugrunde gelegt werden. Wenn demnach erörtert wird, ob § 242 in den vorliegenden Hoferbfolgefällen den rechtsgeschäftlichen Vertragschluß zu ersetzen vermag, so ist dabei zunächst von der Frage auszugehen, ob und inwieweit Treu und Glauben schon nach bisheriger Auffassung ähnliche Funktionen wahrgenommen haben. Sodann gilt es zu erwägen, ob diese Funktionen in Richtung auf ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage erweiterungsfähig sind.

III.) Dabei ist an dieser Stelle noch auf folgendes hinzuweisen. Bei der Frage, ob ein HÜV. auf nicht-

6.) Wieacker IV S.21.

7.) Wieacker IV S.21 u. 26 ff.

8.) Wieacker IV S.21 u. 35 ff.

9.) Z.B. Enn.-Lehmann § 4 II; Eichler S.21 f.

rechtsgeschäftlicher Grundlage zustande kommen kann, geht es in dogmatischer Hinsicht um zwei Probleme. Nämlich einmal um die etwaige Ersetzung des rechtsgeschäftlichen Vertragsschlusses durch einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund und zum anderen um die Bedeutung des § 313 in so einem Falle. Zu beiden Problemen ist getrennt Stellung zu nehmen. Dabei zeigt sich dann eine Besonderheit. Diese besteht darin, daß § 242 sowohl im Hinblick auf die Ersetzung des Vertragsschlusses als auch hinsichtlich des Formzwanges die anzuwendende Rechtsnorm bildet. Diese zweifache Anwendung des § 242 auf denselben Tatbestand, jedoch mit Bezug auf verschiedene Rechtsprobleme, ist der dogmatischen Klarheit halber und aus praktischen Gründen vorerst auseinanderzuhalten; die Darstellung der damit zusammenhängenden Fragen hat demgemäß getrennt zu erfolgen. Ob und gegebenenfalls welche rechtlichen Folgerungen aus der doppelten Anwendung des Treu- und Glauben-Grundsatzes auf unsere Erbfolgefälle zu ziehen sind, kann erst später beurteilt werden.

B.) Treu und Glauben als Entstehungsgrundlage für HÜVe.

I.) Erweiterung der pflichtbegründenden Kraft des § 242.

1a, aa.) Wie soeben angedeutet, hat der Treu- und Glauben-Grundsatz u.a. die Aufgabe, die vertragliche oder gesetzliche Ordnung der Schuldverhältnisse zu ergänzen und zu vervollständigen. Gesetzliche Schuldverhältnisse und Verträge enthalten oft nur die eigentliche Hauptpflicht, die vom Schuldner zu erbringen ist. Parteien und Gesetz beschränken sich auf deren Regelung, weil sie alles übrige als selbstverständlich betrachten oder auch

der Ansicht sind, daß außer der Hauptpflicht nichts geregelt zu werden braucht. Das Gesetz beschränkt sich bisweilen auch deshalb auf die Hauptpflicht, weil die anderen Fragen dem Ermessen der Parteien überlassen bleiben sollen.

Nun zeigt jedoch die Erfahrung, daß mit der Anerkennung lediglich einer Hauptpflicht im Rahmen eines Schuldverhältnisses deren einwandfreie Erfüllung und darüber hinaus die Sicherheit des Erfüllungserfolges oft nicht gewährleistet sind. Würde z.B. den Verkäufer eines Pferdes nur die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung an dem Pferd zum festgelegten Termin treffen, so könnte das u.U. für den Käufer große Nachteile mit sich bringen, dann nämlich, wenn der Verkäufer vor der tatsächlichen Übergabe das Pferd schlecht füttern, es überanstrengen oder gar nicht bewegen würde. Oder soll demjenigen, der auf seinem eigenen Grundstück seinem Nachbarn ein Überwegungsrecht vertraglich einräumt, gleichwohl die Befugnis zustehen, das Tor verschlossen zu halten, so daß eine Überwegung praktisch nicht möglich ist ^{10.)}? Es liegt auf der Hand, daß ein solches Ergebnis wenig sinnvoll wäre. Um es zu vermeiden, ist § 242 heranzuziehen. Weil hiernach der Schuldner die Leistung so zu erbringen hat, wie Treu und Glauben es gebieten, muß er alles tun, um die vereinbarte Leistung an den Gläubiger gelangen zu lassen. Das kann aber für den Pferdeverkäufer nur bedeuten, daß er das verkaufte Pferd bis zur Übergabe in jeder Weise ordentlich zu pflegen und zu behandeln hat. Und der Grundstückseigentümer muß das Tor geöffnet halten, jedenfalls zur Tageszeit.

10.) Die Beispiele stammen von Enn.-Lehmann
§ 4 II 2.

§ 242 führt somit zur Ergänzung und Sicherung der Hauptpflicht durch Begründung entsprechender Nebenpflichten ^{11.)}. Diese können zwar eine ganz verschiedene rechtliche Gestalt haben. Es kann sich um Handlungs- oder Unterlassungspflichten und dabei wieder um Obhuts-, Fürsorge- und Schutzpflichten handeln; ihre Verletzung kann eine teilweise Unmöglichkeit der Hauptleistung sowie eine Schadenersatzpflicht zur Folge haben und umgekehrt: sie können einen Eigenzweck verfolgen oder auch ohne einen solchen bestehen; schließlich ist ein Teil ^{ihnen} selbständig einklagbar ^{12.)}. Auf alle diese Einzelheiten kommt es aber in unserem Zusammenhang nicht an. Entscheidend ist für uns ausschließlich, daß diese zahlreichen Pflichten ihre Rechtsgrundlage in § 242 finden. Sie beruhen nicht auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Einzelbestimmung. Auch verdanken sie ihre Existenz nicht einer auf ihre Begründung gerichteten Willenserklärung der Beteiligten. Vielmehr sind es Treu und Glauben allein, die sie - freilich stets in Anlehnung an eine unabhängig von ihnen bestehende Hauptpflicht - ins Leben rufen, um eine rechtlich befriedigende Lösung zu erzielen, die in diesen Fällen in der Erreichung und Sicherung des Erfüllungserfolges besteht.

- bb.) Ein weiterer Fall, in dem der Treu-und-Glauben-Grundsatz an der Begründung von Pflichten beteiligt ist, ist die Figur der culpa in contrahendo. Hierunter ist die Verletzung von Pflichten auf Grund

11.) H.M.; so z.B. Siebert i. Soergel B I 1 zu § 242 Hamburger S.20; Danckelmann i. Palandt 4b zu § 242; Enn.-Lehmann § 4 II 2; Epping i. Schlegelberger-Vogels III zu § 242.

12.) Vgl. hierzu Enn.-Lehmann § 4 II 2 a.E.; Wieacker IV S.22 ff.

eines Schuldverhältnisses zu verstehen, das durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen begründet wird ^{13.)}. Es kommt in unserem Zusammenhang nicht so sehr darauf an, welchen Inhalt diese Pflichten im einzelnen haben. Entscheidend ist für uns vielmehr, was als Rechtsgrund für ihre Entstehung anzusehen ist.

Hierüber gab es im Laufe der Zeit verschiedene Ansichten, die ihre Entstehung u.a. der Tatsache verdanken, daß das Gesetz selbst diese Frage nicht regelt. Es enthält nur eine beschränkte Anzahl von Einzelvorschriften, die Anhaltspunkte für eine Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß geben, z.B. die §§ 122, 179, 307, 309, 463 S.2. Ursprünglich wurde eine solche Haftung nur dann angenommen, wenn es später zum Vertragsschluß gekommen war. In einem gewissen Sinne war also der Entstehungsgrund der Pflichten die "Vorwirkung" des späteren Vertrages ^{14.)}. Diese Ansicht läßt sich aber schon deshalb nicht halten, weil eine Haftung auch dann erforderlich ist, wenn es nicht zum Vertragsschluß kommt ^{15.)}. Bald wandte man sich dann auch von dieser Auffassung ab und erblickte den Rechtsgrund der wechselseitigen Pflichten in einer konkludenten Willenseinigung der Beteiligten, die ein den erstrebten Vertrag vorbereitendes vertragsähnliches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zustande bringe, das die fraglichen Pflichten enthalte ^{16.)}. Diese Auffassung ist jedoch wegen

13.) Ballerstedt I S.503; Enn.-Lehmann § 43III; Larenz II S.64 ff.; Tasche S.116 ff.

14.) Vgl. z.B. RGZ 88, 105; 95, 58; RGJW 12, 743 Nr. 12 ; siehe hierzu auch Ballerstedt I S. 504 f.

15.) So. u.a. ausdrücklich Matthiessen I S.217.

16.) RGZ 78, 204 (sog. Linoleumfall; "Antrag auf Vorlegung ... kein bloß tatsächlicher Vorgang");

ihres fiktiven Charakters abzulehnen; denn es läßt sich nicht übersehen, daß die Parteien, solange sie das Vertragsverhältnis als noch nicht zustande gekommen ansehen, sich eben nicht rechtsgeschäftlich binden wollen ^{17.)}.

Der Rechtsgrund für die Entstehung der Pflichten, deren Verletzung unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo ersatzpflichtig macht, ist nach alledem allein in der objektiven Tatsache des Eintritts in Vertragsverhandlungen zu sehen; irgendwelche Willenserklärungen sind nicht erforderlich ^{18.)}. Diese Auffassung führt in jedem Falle zu befriedigenden Ergebnissen; darüber hinaus weist sie den Vorzug auf, der konkreten Sachlage insofern gerecht zu werden, als sie es nicht auf einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Willen abstellt.

Aber mit der Feststellung, daß ein bloßes Verhalten, nämlich der Eintritt in Vertragsverhandlungen, bereits Rechtspflichten, d.h. ein Schuldverhältnis erzeugt, ist noch nicht gesagt, auf Grund welcher gesetzlichen Bestimmung sich dieser Vorgang vollzieht. Diese Vorschrift ist in § 242 zu erblicken. Es ist das Prinzip von Treu und Glauben, das es erlaubt und gebietet, im Wege der Rechtsanalogie aus den oben genannten ausdrücklichen Einzelvorschriften den Rechtsgrundsatz abzuleiten, daß die bloße Tatsache des Eintritts in Vertragsverhandlungen die Entstehung der be-

RGZ 74, 125 f.; Sißber b. Planck Vorbem.
I 4 vor § 275.

17.) So auch Ballerstedt I S.505; Dölle S.70;
Simitis S. 587.

18.) Wohl h.M.; z.B. Ballerstedt I S.506 ff.;
Enn.-Lehmann § 43 III u. § 4 II 3; Larenz
II S.67; Tasche S.118; BGHZ 6, 333.

treffenden Pflichten zur Folge hat ^{19.)}. Im vorliegenden Zusammenhang ist daran bemerkenswert, daß diese Pflichten - im Gegensatz zu den oben genannten Nebenpflichten - sich nicht lediglich an eine andere Hauptpflicht anlehnen, sondern selbständig sind; § 242 führt also zu einem regelrechten vertragsähnlichen Schuldverhältnis, ohne daß darauf abzielende Willensäußerungen vorliegen.

cc.) § 242 dient auch noch in zahlreichen weiteren Fällen als Rechtsgrundlage für Pflichtenstellungen. So namentlich im Arbeitsrecht, wo Ansprüche auf Gratifikations- ^{20.)} und Versorgungsleistungen ^{21.)} unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu entstehen vermögen. Ferner legt § 242 nach Erfüllung eines Vertrages den Parteien gewisse Pflichten auf ^{22.)}. Für diese Fälle ist aber eine ausführlichere Darstellung entbehrlich; denn sie enthalten im Verhältnis zu den vorhergehenden keine dogmatischen Besonderheiten.

b.) Alles in allem gelangen wir somit zu dem Ergebnis, daß dem Prinzip von Treu und Glauben schon nach bisheriger Auffassung in begrenztem Umfange die Kraft innewohnt, Pflichtenstellungen zu begründen. Bevor wir jedoch die Frage untersuchen, ob § 242 dementsprechend ebenfalls HÜVe. zur Entstehung zu bringen vermag, muß noch auf eine andere

19.) Siebert i. Soergel A II 1c aa zu § 242; Hamburger S. 146; RGZ 120, 249 ff. (252); 107, 357 ff. (362).

20.) Böhle-Stamschräder i. Ermann 5b zu § 242; Nikisch S. 351.

21.) Gramm b. Palandt 1 zu § 626; BGHNJW 53, 740 ff. (743).

22.) Epping i. Schlegelberger-Vogels III 1 zu § 242; RGZ 113, 70 ff. (72).

Frage eingegangen werden. Im vorhergehenden wurde bereits dargelegt (s.o. S.101 ff.), daß im Bereich der bäuerlichen Hoferbfolge eine Gesetzeslücke nicht vorliegt. Auch in heutiger Zeit muß demgemäß der ausdrückliche Wille des Gesetzes, ein HÜV. nur durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung zustande kommen zu lassen, noch grundsätzlich verbindlich bleiben. Selbst wenn also ein nicht-rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund für HÜVe. anzuerkennen sein wird, bedeutet dies keinesfalls, daß ein HÜV. nicht auch auf rechtsgeschäftlichem Wege zur Entstehung zu gelangen vermöchte; diese gesetzlich gegebene Möglichkeit behält ihre volle Gültigkeit. Es geht hier lediglich darum, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen neben dieser Begründungsmöglichkeit noch eine weitere anzuerkennen ist. Wenn danach die Frage untersucht wird, ob ein HÜV. gemäß Treu und Glauben zustande kommen kann, so bedeutet dies, daß das Gesetz insoweit außer Acht gelassen wird; denn entgegen dem ausdrücklich erklärten Gesetzeswillen, ein HÜV. nur durch Willenseinigung entstehen zu lassen, kommt ein solches ohne diese zustande. Fraglich ist, ob § 242 einen derartigen Vorgang, den man im Anschluß an Wieacker ^{23.)} treffend als "Durchbruch durch das Gesetzesrecht" bezeichnen kann, deckt.

Zwar ist bisher, soweit ersichtlich, noch nie die Frage untersucht worden, ob § 242 die Entstehungsgrundlage für ein HÜV. abzugeben vermag. Aber die Funktion, in ganz seltenen Ausnahmefällen eine Durchbrechung des geschriebenen Rechtes zu rechtfertigen, hat der Grundsatz von Treu und Glauben schon in der Vergangenheit gehabt und hat er auch heute noch. Als Beweis hierfür kann die

23.) Wieacker IV S.21 u. 36.

Aufwertung nach dem 1. Weltkrieg und die Figur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gelten. In den nach dem 1. Weltkrieg geltenden Währungsgesetzen war im Anschluß an das BGB der Grundsatz niedergelegt, daß eine Geldschuld in jedem Falle zu ihrem Nennwert zurückzuzahlen ist; es galt mithin kraft Gesetzes das Mark-gleich-Mark-Prinzip. Hiervon wandte sich das RG jedoch angesichts der allgemeinen Papiergeldentwertung unter Heranziehung von § 242 ab, indem es erklärte, daß Treu und Glauben erforderten, daß unter gewissen Voraussetzungen ein höherer Betrag als der Nennwert zu leisten sei ^{24.)}. § 242 führte mithin zu einer dem Wortlaut des Gesetzes widersprechenden Lösung ^{25.)}. Ebenso verhält es sich auch mit der sog. Geschäftsgrundlage bei Verträgen. Im BGB gilt, abgesehen von einigen nicht ausdehnbaren Einzelvorschriften (z.B. §§ 321, 610), der Grundsatz, daß Verträge zu halten sind (pacta sunt servanda), und zwar auch dann noch, wenn die Verhältnisse, unter denen sie geschlossen wurden, sich geändert haben. Die im gemeinen Recht wirksame Lehre von der clausula rebus sic stantibus hat keine allgemeine gesetzliche Anerkennung gefunden ^{26.)}. Gleichwohl haben Rechtslehre und Rechtssprechung auf der Grundlage des § 242 nach und nach ähnlichen Gedanken mit dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zum Durchbruch verholfen, wonach sich eine Abänderung oder u.U. sogar ein Wegfall der Leistungspflicht des Schuldners ergeben kann ^{27.)}. In diesen Fällen

24.) RGZ 107, 78 ff. (87 ff.).

25.) Wieacker IV S.36 f. u. VI S.310.

26.) Enn.-Lehmann § 41 I.

27.) Enn.-Lehmann § 4 II 4 u. § 41 II; Siebert i. Soergel A II 3 u. D II 1, 3 zu § 242; ferner Wieacker IV S.3 f.; Hamburger S.12.

führt § 242 also zu einer Einschränkung des in dem Satz "pacta sunt servanda" zum Ausdruck gelangenden Gesetzeswillens.

Festzuhalten bleibt demnach, daß § 242 auch bisher schon als formale Grundlage für eine fallweise erfolgende Durchbrechung des positiven Rechts gedient hat. Es läßt sich dabei freilich nicht sagen, daß § 242 gleichsam gewohnheitsrechtlich diese Kraft besitze. Es ist vielmehr stets das sich an einzelnen Fallgestaltungen erprobende eigentliche Wesen des Treu-und-Glauben-Prinzips, das zu derartigen Maßnahmen hindrängt und auch berechtigt.

Unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesverstoßes lassen sich demnach keine grundsätzlichen Einwendungen gegen ein etwaiges HÜV. auf der Grundlage von Treu und Glauben erheben. Man wird vielmehr sogar einen Umkehrschluß für erlaubt halten müssen. Wenn nämlich gemäß § 242 die Folge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage unter bestimmten, wenn auch selten vorliegenden Voraussetzungen eine gänzliche Befreiung von der Leistungspflicht sein kann, so muß der Schluß zulässig sein, daß Treu und Glauben ebenfalls eine Leistungspflicht zur Entstehung bringen können, sofern dies zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse erforderlich erscheint. Der dogmatische Gesichtspunkt, daß § 242 in jenem Falle nicht unmittelbar, sondern nur auf dem Wege über die Kündigung oder den Rücktritt vom Vertrage zur Beseitigung der Leistungspflicht führt ^{28.)}, während in unserem Zusammenhang die Leistungspflicht unmittelbar kraft Treu und Glauben, also nicht durch eine vorgeschaltete rechtsgeschäftliche

28.) Siebert i. Soergel D IV 4 zu § 242;
Enn.-Lehmann § 41 II 4.

Handlung, entstehen soll, steht dem nicht entgegen; § 242 führt auf verschiedenen dogmatischen Wegen zu dem erstrebten Ziel ^{29.)}).

- 2 a.) Wohnt nach alledem dem Grundsatz von Treu und Glauben die Kraft inne, Pflichtenstellungen ins Leben zu rufen und darüber hinaus in seltenen Ausnahmefällen das Gesetz zu durchbrechen, so muß es zulässig sein, auch ein HÜV. - vorbehaltlich der noch zu erörternden Überwindung des Formmangels in diesen Fällen - auf der Grundlage von Treu und Glauben entstehen zu lassen, wenn es zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse geboten erscheint. Freilich wird dem § 242 damit, wie oben schon angedeutet, eine Funktion zugestanden, die er nach herkömmlicher Auffassung nicht hat ^{30.)}; denn seine Kraft, Pflichten zu begründen, wird erweitert, wobei dies gleichzeitig einen Durchbruch durch Gesetzesrecht im dargelegten Sinne bedeutet. Gleichwohl erscheint aber eine derartige rechtliche Maßnahme angebracht. Denn der den gesamten Rechtsverkehr beherrschenden Vorschrift des § 242 muß auch bei der Lösung der dargelegten Probleme der bürgerlichen Hoferbfolge Wirksamkeit zugesprochen werden, was nur durch Anerkennung eines HÜVes. geschehen kann. Und ferner ist diese Maßnahme nur eine folgerichtig sich aus dem Wesen des Treu- und-Glauben-Satzes ergebende Erweiterung seiner bisherigen Funktionen.

- b.) Der Entstehung eines HÜVes. nach § 242 steht nicht die Rechtsnatur des Übergabevertrages als eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden mit erbrechtsgestaltender Wirkung entgegen. Zwar bringt

29.) Siehe hierzu auch Siebert V S183.

30.) So ausdrücklich Gernhuber S.163 f. und Matthiessen I S.213 f.

es die Erlangung einer Hoferbenposition durch den Berechtigten mit sich, daß Rechtswirkungen inter omnes entstehen, namentlich aber die Rechte der übrigen Abfindungsberechtigten berührt werden. Allein das ist eine unvermeidbare Folge der Natur des Übergabevertrages; sie vermag letztlich nicht entscheidend zu sein für die Beantwortung der Frage nach einem nicht-rechtsgeschäftlichen HÜV. Sie kann es auch nicht unter dem Gesichtspunkt sein, daß in so einem Falle dem Richter die Verantwortung für Rechtswirkungen gegen am Verfahren nicht beteiligte Dritte auferlegt werde, wie Wieacker meint ^{31.)}. Denn einmal wird der Richter überhaupt nur im Streitfalle, also lediglich in Ausnahmen tätig, während die übrigen Fälle sich ohne ihn erledigen. Demnach ist es schon rein äußerlich nicht der Richter, der die Verantwortung für Rechtswirkungen gegen etwaige Dritte trägt. (Es ist selbstverständlich, daß ein gemäß Treu und Glauben entstandenes HÜV. auch ohne richterliches Zutun, also ohne daß es zum Prozeß kommt, volle Wirksamkeit entfaltet.) Zum anderen ist es gar nicht der Richter, der die Rechtswirkungen gegen Dritte durch seinen Spruch "begründet"; er stellt vielmehr lediglich fest, daß vereinzelte, bestimmt gelagerte Fallgestaltungen ohne eine darauf abzielende Willenseinigung der Parteien die Rechtsfolge eines HÜVes. nach sich ziehen. Es sind somit Tatsachen, an die die Rechtsordnung und nicht der Richter gemäß § 242 die fragliche Rechtswirkung anknüpft. Wir haben bereits bei der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen gesehen, daß die Rechtsordnung verschiedene dogmatische Wege kennt, entgegen

31.) Wieacker I S.121 u. II S.289.

dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut bestimmt geartete Faktizitäten durch Anerkennung von Vertragsverhältnissen rechtlich zu ordnen. Um eine ähnlich gelagerte Problemstellung handelt es sich m.E. auch hier, wo § 242 die Rechtsgrundlage für ein HÜV. abgeben soll. Die tatsächlichen Verhältnisse im Bereich des bürgerlichen Lebens sind es, die auf dem dogmatischen Wege der Anwendung des § 242 zur Anerkennung eines vereinbarungsfreien HÜVes. führen. Dabei ist allerdings nicht zu übersehen, daß es im Einzelfall sehr schwierig sein kann festzustellen, ob § 242 die Anerkennung eines HÜVes. erfordert. Bejaht der Richter dies jedoch in konkreten Falle, so ist seine Entscheidung ausschließlich zulässige Rechtsfolgenfeststellung.

- c.) Wenn wir nun die Frage aufwerfen, woraus sich im letzten die Berechtigung herleiten läßt, gemäß § 242 in Erweiterung seiner bisherigen Funktionen ein HÜV. ohne Vertragsschluß anzuerkennen, so ergibt sich als Antwort: Es sind Treu und Glauben selbst, ihr richtig verstandener Sinn und Zweck, die hierzu berechtigen. Zwar läßt sich für den Grundsatz von Treu und Glauben eine allgemein und zeitlos gültige Begriffsbestimmung wohl nicht geben: denn Treu und Glauben sind nur ein genereller Maßstab, der im Rechtsleben Anerkennung und Beachtung verlangt. Aber gerade darauf gründet sich die umfassende Bedeutung des Prinzips, daß es nicht einen starren, von vornherein festliegenden Inhalt hat, sondern daß in ihm in allgemeingültiger Weise die Verpflichtung zu redlichem Verhalten zum Ausdruck kommt ^{32.)}.

Allerdings wurde der Treu-und-Glauben-Grund-

32.) Hamburger S.14.

satz bisher, wie wir oben bereits sahen, vorzugsweise im Rahmen bereits bestehender Schuldverhältnisse angewendet. Dementsprechend bedeutete Treue die Bereitschaft zur Einhaltung der vertraglichen oder sonstwie entstandenen Verpflichtungen gegenüber dem Berechtigten, während der Glaube das Vertrauen auf die Treue des Schuldners beinhaltete^{33.)}. In diesem Sinne sind aber in unseren Fällen "Schuldner" und "Gläubiger", für deren Erbringung bzw. Fordern der Leistung Treu und Glauben zu gelten hätten, nicht vorhanden. Vielmehr bringen Treu und Glauben in unserem Zusammenhang erst die Schuldner- und Gläubigerstellung, mit anderen Worten ein HÜV., zustande. Aus diesem Grunde hat ein gemäß § 242 entstandenes HÜV. auch die engeren rechtlichen Berührungspunkte mit der culpa in contrahendo. Denn hier lehnt sich § 242 bei seiner Wirksamkeit ebenfalls nicht an bereits bestehende Verpflichtungen an, sondern er begründet unmittelbar Schuldner-(und Gläubiger-) Positionen. Die insoweit gleichsam als Präzedenzfall heranzuziehende culpa in contrahendo^{34.)} zeigt somit, daß § 242 auch gegenüber solchen Tatbeständen, die sich rechtlich nicht als Schuldverhältnis darstellen, wirksam ist.

33.) Böhle-Stamschräder i. Erman 3 zu § 242; Danckelmann i. Palandt 1 u. 4 zu § 242; Siebert i. Soergel. A I 3 zu § 242; Weber i. Staudinger Note 56 zu § 242; s. auch Wieacker IV S.20 Fußnote 39.

34.) Die Figur der culpa in contrahendo wird von Tasche a.a.O. zur Begründung seiner Ansicht, daß Vertragsverhältnisse in besonderen Fällen durch natürliches, also nicht-rechtsgeschäftliches Verhalten zustande kommen könnten, verwendet. Diese Auffassung ist jedoch nicht haltbar. Denn während die culpa in contrahendo durch Analogieschluß gemäß Treu und Glauben gerechtfertigt ist (s.o. S.117), fehlt

Dabei läßt sich freilich nicht sagen, daß Treu und Glauben schlechthin jedweden Lebenssachverhalt beeinflussen und rechtlich gestalten; das würde einer Überforderung des Grundsatzes gleichkommen, die auf die Dauer zu seiner Aushöhlung führen müßte. Vielmehr sind es ganz bestimmt geartete tatsächliche Situationen, die wegen Fehlens einer für sie geeigneten gesetzlichen Regelung mit Hilfe von Treu und Glauben bewältigt werden. Diese Situation läßt sich für den Bereich der culpa in contrahendo, deren rechtspolitische Aufgabe die Korrektur der in § 831 geregelten Haftung ist, mit der Formulierung "Eintritt in Vertragsverhandlungen" umschreiben. Nur dann also, wenn Rechtsgenossen zum Zwecke der Regelung geschäftlicher Angelegenheiten zusammenkommen, führt § 242 zu einem Schuldverhältnis mit entsprechenden Pflichten^{35.)}. Ähnlich verhält es sich in unserem Zusammenhang. Die Erweiterung der pflichtbegründenden Kraft des § 242 für den Bereich der bürgerlichen Hoferbfolge bedeutet nicht, daß ganz allgemein die Erbfolge sich nach § 242 vollziehe. Es sind vielmehr auch hier nur ganz bestimmt gelagerte Sachverhalte, deren hervorstechende Merkmale die endgültige Einstellung des Hofanwärters auf die spätere Hofübernahme unter Duldung des Bauern und

es an der Berechtigung für einen Analogieschluß von der culpa in contrahendo ihrerseits auf Vertragsverhältnisse ohne Vertragsschluß; so auch Gernhuber S.162 f. Will man in diesem Sinne Vertragsverhältnisse auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage anerkennen, so kann das allenfalls dadurch geschehen, daß auf die eigentliche Rechtsgrundlage der culpa in contrahendo, nämlich § 242, zurückgegriffen wird, wie es in der vorliegenden Arbeit für HÜVe angestrebt wird.

35.) Vgl. Larenz IV S.515 ff. (518).

die dadurch bedingte enge Lebensbeziehung der Beteiligten sind, die ihre rechtliche Ordnung nach Treu und Glauben durch Anerkennung eines HÜVes. erfahren. Also auch im Bereich der Hoferbfolge ist die Anwendung von Treu und Glauben auf die vorliegenden Ausnahmefälle beschränkt.

Nun folgt allerdings aus dem Gesagten, daß die oben gebrachte allgemeine Inhaltsbestimmung: Treue bedeute die selbstlose Bereitschaft zur Einhaltung der bestehenden Verpflichtungen und der Glaube das Vertrauen hierauf, einer Abwandlung bedarf, wenn Treu und Glauben nicht im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse wirksam sein sollen. Genau genommen paßt sie auch schon nicht mehr für die culpa in contrahendo, denn auch hier führt § 242 nicht zur Einhaltung, sondern zur Begründung eines Schuldverhältnisses, wie oben dargelegt wurde ^{36.)}. Treue kann danach in unserem Zusammenhang nur bedeuten, daß der Hofeigentümer in seinem bisher gezeigten Verhalten in einer Weise festgehalten wird, die dem darin gesetzten Vertrauen (= Glauben) des Hofanwärters gerecht wird. Ausgangspunkt ist also insoweit das aus § 242 abgeleitete Verbot des venire contra factum proprium. Dieses verbietet nicht nur eine mit dem früheren Verhalten unvereinbare Rechtsausübung, sondern ebenfalls ein widersprüchliches rein äußerliches

36.) Gleichwohl sprechen fast alle Autoren, auch soweit sie die culpa in contrahendo als Anwendungsfall des § 242 betrachten, nur von der Wirkung des Treu-und-Glauben-Grundsatzes im Rahmen bereits bestehender Rechtsverhältnisse. So z.B. Weber i. Staudinger Note 56 zu § 242 ("an einem Schuldverhältnis Beteiligten"); Siebert i. Soergel A I 1 zu § 242 ("an einem Rechtsverhältnis Beteiligten").

Verhalten 37.) . Würde man jedoch den venire-Grundsatz auf unsere Fälle ohne weiteres anwenden, so hätte das keineswegs notwendig befriedigende Ergebnisse zur Folge. Denn einmal wird der Grundsatz überhaupt nur wirksam, wenn ein "venire" gegeben ist; hier soll aber unabhängig davon eine Bindung eintreten. Zum anderen würde dem Hofeigentümer nach diesem Satz lediglich untersagt sein, in einer etwaigen Verfügung von Todes wegen einen anderen als den fraglichen Hofanwärter zum Erben einzusetzen. Ließe der Hofeigentümer aber den gesetzlichen Erbfall eintreten, was ihm freisteht, so würde der Hof an den gesetzlichen Erben fallen, der mit der Person, die sich auf die Übernahme des Hofes eingestellt hat, nicht identisch zu sein braucht. Demnach vermöchte das venire-Verbot allein in unseren Hoferbfolgefällen weder überhaupt stets befriedigende Ergebnisse zu zeitigen noch gar die angestrebte Verpflichtung zur Hofübergabe unter Lebenden zu begründen.

Ausschlaggebend für die Wirkung des Treu-und-Glauben-Grundsatzes muß mithin nicht nur das mehr oder minder isoliert betrachtete Verhalten des Hofeigentümers, sondern ganz wesentlich auch der Gesichtspunkt sein, daß mit diesem Verhalten eine bestimmte Person angesprochen wurde, die nicht nur einfachhin vertraut, sondern die auf Grund dieses Verhaltens ihr ganzes persönliches, familiäres, wirtschaftliches und berufliches Dasein auf die spätere Übernahme des Hofes in einer nicht wieder rückgängig zu machenden Weise 38.) einge-

37.) Siebert V S.184.

38.) Auf dieses Moment weist im Hinblick auf die Überwindung des Formmangels gemäß § 242 auch Westermann I. Erman 5 zu § 125 im Anschluß an BGHZ 12, 286 ff. hin.

richtet hat. Das Vertrauen hat also zu einer endgültigen Gestaltung der tatsächlichen Lebensverhältnisse des Hofanwärters geführt. Dieser ist in eine praktisch kaum wieder lösbare Lebensbeziehung zu dem Hof getreten. Deshalb kann ihm auch nicht dadurch geholfen werden, daß man lediglich dem Bauern selbst etwas versagt ^{39.)}. Man muß bei der Frage nach den Rechtswirkungen, die die tatsächlichen Verhältnisse zeitigen sollen, nicht nur an das Verhalten des Eigentümers, sondern auch an das des Hofanwärters anknüpfen. Geschieht das, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß dem Hofanwärter ein Recht auf die Übertragung des Hofes zuzubilligen und dem Bauern eine entsprechende Verpflichtung aufzuerlegen ist. Das heißt aber nichts anderes, als daß zwischen den Beteiligten ein HÜV. zustande kommt.

Zusammenfassend ist mithin festzustellen, daß es auf seiten des Hofeigentümers die Treue zum eigenen Verhalten und auf seiten des Hofanwärters die im Vertrauen (= Glauben) auf dieses Verhalten geschaffenen endgültigen Lebensverhältnisse sind, die die Ersetzung des rechtsgeschäftlichen Vertragsschlusses durch einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund gemäß § 242, d.h. die Anerkennung eines HÜVes. erforderlich machen - vorbehaltlich der sogleich noch zu erörternden Formfrage.

39.) Siehe hierzu auch Tasche S.121.

II.) Die Bedeutung der Formvorschrift des § 313
bei nicht-rechtsgeschäftlichem Entstehungs-
grund für HÜVe.

1.) § 313 steht der Anerkennung eines nicht-
rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für
HÜVe. entgegen.

- a.) Ein HÜV. bedarf zu seiner rechtswirksamen Begründung der Form des § 313. Diese Vorschrift setzt jedoch Willenserklärungen voraus; fehlt es daran, so kann sie begriffs-notwendig nicht mehr erfüllt werden. Es ergibt sich somit die Frage, welche Bedeutung dem § 313 beizumessen ist, wenn nicht-rechtsgeschäftliche Vorgänge die Entstehungsgrundlage für HÜVe. abgeben sollen.

Zwei Antworten bieten sich zur Lösung dieses Problems an. Einmal könnte man in Erwägung ziehen, daß mit der begrifflichen Unmöglichkeit, dem § 313 bei nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgründen noch seine eigentliche Funktion zuzuerkennen, diese Bestimmung generell hinfällig, d.h. funktionslos werde ^{40.)}. Mit anderen Worten: die Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für HÜVe. hätte zur Folge, daß § 313 für diese Fälle nicht mehr zuträfe. Rechtlich würde das bedeuten, daß sich ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage von einem durch rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß begründeten nicht nur durch den Entstehungsgrund, sondern auch durch die äußere Form des Zustandekommens unterscheiden würde; wobei sich der Unterschied in der äußeren Form daraus ergäbe, daß für die Begründung eines HÜVes. ohne Vertragsschluß die

40.) Lorenz S.383.

Formvorschrift des § 313 eben keine Gültigkeit mehr besäße. Zum anderen könnte man sich auf den gegenteiligen Standpunkt stellen, daß nämlich die Form des § 313 bei der Begründung von HÜVen. uneingeschränkte Gültigkeit erheische und es deshalb nicht zulässig sei, sie durch Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für HÜVe. funktionslos zu machen. Diese Ansicht würde zur Folge haben, daß ein nicht-rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund für HÜVe. mit Rücksicht auf den Formzwang nicht anerkannt werden könnte.

b.) Welcher dieser beiden Lösungsmöglichkeiten der Vorzug zu geben ist, läßt sich nur nach einer Untersuchung der Funktion des §313 entscheiden.

aa.) § 313 legt die äußere Form - notarielle oder richterliche Beurkundung des Verpflichtungsgeschäftes - für den wirtschaftlichen Verkehr mit Grundstücken fest. Im Gegensatz zu dem sonst allgemein geltenden Grundsatz der Formfreiheit besteht also für die Eingehung von Verpflichtungen zur Übertragung von Grundeigentum Formzwang. Dieser ist vom Gesetzgeber mit Rücksicht auf die lebenswichtige Bedeutung allen Grund und Bodens für die menschliche Gesellschaft im allgemeinen sowie für den Einzelnen geschaffen worden. Diese soziale Bedeutung des Grundbesitzes beruht einmal darauf, daß er nach wie vor die wesentlichste Ernährungsgrundlage der Menschen bildet. Zum anderen ist privates Eigentum an Grund und Boden oft die Grundlage persönlicher Unabhängigkeit, Freiheit und Entfaltungsmöglichkeit. Das gilt allgemein für jeden Grundbesitz, hat aber in verstärktem Maße für den landwirtschaftlich genutzten Gültigkeit. Aus diesen Gründen will der Gesetzgeber den Verkehr mit Grundstücken nur

unter bestimmten formalen Voraussetzungen zu-
lassen, die ihren rechtlichen Niederschlag in
der Formvorschrift des § 313 gefunden haben.

bb.) Was die konkreten einzelnen Aufgaben oder
Zwecke des § 313 beim Abschluß von HÜVen. angeht,
so lassen sich deren insgesamt sechs unterschei-
den. An erster Stelle steht der Gedanke, durch den
Formzwang den Beteiligten, namentlich dem Hof-
eigentümer, den rechtswirksamen Abschluß eines
Übergabevertrages zu erschweren. Auf diese Weise
wird einer voreiligen Verschleuderung und einer
Behandlung des Grundeigentums als bloßer "Ware"
entgegengewirkt (Übereilungsschutz). Des weiteren
verfolgt § 313 den Zweck, Klarheit darüber zu
verschaffen, ob überhaupt und gegebenenfalls mit
welchem Inhalt ein Hofübergabevertrag zustande
gekommen ist (Abschluß-, Inhaltsklarheit). Ferner
dient die schriftliche Urkunde der Beweissicherung
für den Fall etwaiger Streitigkeiten zwischen den
Beteiligten (Beweisfunktion). Außerdem soll § 313
eine fachmännische Beratung bei der Hofübertragung
durch den Richter oder Notar ermöglichen. Endlich
hat er noch die Aufgabe, die staatliche Überwachung
der abgeschlossenen Hofübergabeverträge zu erleich-
tern und zu gewährleisten.

cc.) Alle diese Funktionen hat § 313 nach dem
Willen des Gesetzgebers mit Rücksicht auf die
soziale Bedeutung des Grundbesitzes wahrzunehmen.
Das gilt namentlich auch, was nicht immer genügend
betont wird, für den durch § 313 angestrebten Schutz
vor Übereilung seitens der Beteiligten. § 313 hat
nicht die Aufgabe, vor der Übereilung um ihrer
selbst willen zu schützen. Es ist dem Gesetzgeber
im allgemeinen gleichgültig, ob die Rechtsgenossen
ohne oder mit Überlegung ihre Verträge schließen,
wie sich aus dem Prinzip der Formfreiheit ergibt.

Dagegen hat er aus der Erkenntnis, welche Bedeutung das Eigentum an Grund und Boden für den Einzelnen wie für die Gesamtheit hat, das Prinzip der Formfreiheit zugunsten einer Erschwerung des Vertragsschlusses durchbrochen. Also auch die Schutzfunktion des § 313 hat ihren rechtspolitischen Grund in der Bedeutung des Grund und Bodens für den Einzelnen wie für die Gemeinschaft insgesamt. Das gleiche gilt für die übrigen Zwecke. Weil der Grundbesitz eine so beherrschende Rolle spielt, ist es von besonderer Wichtigkeit zu wissen, ob sich eine Person zur Übereignung verpflichtet hat und wie diese Verpflichtung inhaltlich im einzelnen aussieht. Durch die Schriftlichkeit der Vereinbarungen wird der Beweis erleichtert, so daß es für ein Gericht dann leichter möglich ist, bei Grundstücksstreitigkeiten die Rechtslage zu klären. Die fachmännische Beratung soll die Parteien bei Grundstücksgeschäften, die stets besonders folgenswer sind, vor Vereinbarungen bewahren, die unzweckmäßig und in ihren Folgen unübersehbar sind. Schließlich hat auch die staatliche Kontrolle ihren Grund in der Bedeutung des Grundbesitzes für die Allgemeinheit.

- c.) Aus dem Gesagten ergibt sich für das zur Erörterung stehende Formproblem die entscheidende Schlußfolgerung. Mit § 313 bringt der Gesetzgeber seinen Willen zum Ausdruck, Grundstücksübereignungsverpflichtungen nur unter den genannten Voraussetzungen zustande kommen zu lassen. Diese Voraussetzungen hat der Gesetzgeber aufgestellt mit Rücksicht auf die soziale Bedeutung des Grundbesitzes. Diese aber ist unabhängig von der Natur des Verpflichtungsgrundes. Mit anderen Worten: Auch dann, wenn im oben dargelegten Sinne die Verpflichtung zur Hofübertragung auf nicht-rechts-

geschäftliche Weise entsteht, behält der Grundbesitz eine soziale Bedeutung. Infolgedessen ist dem Willen des Gesetzgebers auch in derartigen Fällen Gültigkeit zuzuerkennen. Das heißt aber nichts anderes, als daß eine Verpflichtung zur Grundstücksübertragung, hier: ein HÜV., nur dann auf nicht-rechtsgeschäftliche Weise zustande kommen kann, wenn die hierfür vom Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 313 aufgestellten einzelnen Voraussetzungen erfüllt sind. Denn bei einem nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund für HÜVe. ist die Frage, ob überhaupt (Abschluß-Klarheit) und mit welchem Inhalt (Inhaltsklarheit) ein HÜV. entstanden ist, sowie die Frage des Beweises, der fachmännischen Beratung und der staatlichen Kontrolle von ebensolcher Wichtigkeit wie bei einem rechtsgeschäftlichen. Nur der Übereilungsschutz wird hinfällig, da es auf den Willen nicht mehr ankommt. In welcher Weise die Zwecke indessen bei einem nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund im einzelnen zu verwirklichen wären, läßt sich so nicht sagen, da es eine Sache des positiven Rechts ist, die nur durch den Gesetzgeber selbst geregelt werden kann. Sie müßten in ihrer Gestalt der besonderen, d.h. der nicht-rechtsgeschäftlichen Natur des Entstehungsvorganges angepaßt sein. Keinesfalls lassen sie sich aber in unserem Zusammenhang mit Hilfe des § 313 erreichen; denn der Gesetzgeber kannte bei der Schaffung dieser Bestimmung nur einen, nämlich den rechtsgeschäftlichen Weg, Verpflichtungen zur Übertragung von Grundbesitz zu begründen. Demgemäß stellte er auch die Voraussetzungen hierfür unter Anschauung lediglich dieses Verpflichtungsgrundes auf.

Daraus folgt, daß die Voraussetzungen, von denen der Gesetzgeber die Entstehung einer Grund-

stücksübereignungsverpflichtung abhängig macht, in unseren Erbfolgefällen nie vorliegen können. Deshalb steht der in § 313 zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers der Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für solche Verpflichtungen, die zu ihrer Begründung der Form des § 313 bedürfen, entgegen ^{41.)}.

Mit anderen Worten: Ein HÜV. kann mit Rücksicht auf die Formbedürftigkeit grundsätzlich nicht auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage zustande kommen ^{42.)}.

41.) A.A. scheint Lorenz S. 384 u. 406 zu sein. Er ist der Meinung, daß die Ausweitung der Frage nach Wesen und Funktion der Formvorschriften, auf die es in dem Beschluß des BGH vom 16.II.1954 - BGHZ 12, 286 ff. (s.o. S. 33) - allein ankomme, zur Frage nach dem Entstehungsgrund der Verträge überhaupt eine gefährliche Vereinfachung des Formproblems mit sich bringe; denn mit der Anerkennung von Vertragsverhältnissen auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage sei die Anwendung der Formvorschriften "begriffsnotwendig" ausgeschlossen. Soweit Lorenz davon ausgeht, daß die Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes die Anwendung des § 313 begrifflich ausschließe, ist ihm beizupflichten. Darüber hinaus scheint Lorenz aber noch der Auffassung zu sein, daß die Frage nach einem nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund eines HÜV. beantwortet werden könne, ohne dabei gleichzeitig den für HÜVe. bestehenden Formzwang zu berücksichtigen. Für Lorenz ist danach die Frage des Entstehungsgrundes das Primäre; ist sie im positiven Sinne zu beantworten, so regelt sich damit ohne weiteres auch die Formfrage, und zwar in der Weise, daß die Formvorschrift hinfällig wird. Das ist jedoch m.E. aus den oben im Text dargelegten Gründen nicht richtig. Die Frage, ob ein nicht-rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund für HÜVe. anerkannt werden kann, ist mit abhängig von dem für HÜVe. bestehenden Formzwang.

42.) Von einer "Nichtigkeit" gemäß § 125 kann in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden. Finmal ist der Begriff der Nichtigkeit von dem der Willenserklärungen nicht zu trennen. Zum anderen liegt in den vorliegenden Hoferbfolgefällen ein Formmangel im eigentlichen

- 2.) In Ausnahmefällen steht § 313 der Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes für HÜVe nicht entgegen.

a, aa.) Es ist zweifelhaft, ob dieser Grundsatz ausnahmslos zu gelten hat.

Ein formfehlerhaft abgeschlossener Hofübergabevertrag ist nach dem Wortlaut des Gesetzes gemäß § 125 nichtig. Von dieser strengen Nichtigkeitsfolge beim Mangel der Form sind Rechtsprechung und Rechtslehre im Laufe der Zeit jedoch immer weiter mit Hilfe der Bestimmung des § 242 abgegangen^{43.)}. Treu und Glauben vermögen in bestimmten Fällen den Mangel der Form bei einem rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß zu überwinden. Es fragt sich, ob § 242 auch in unseren Hoferbfolgefällen die Formvorschrift des § 313, soweit gerade diese der Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes im dargelegten Sinne entgegensteht, zu überwinden imstande ist.

Zu diesem Zwecke soll die Entwicklung, die dahin geführt hat, in Ausnahmefällen einen Formfehler für unbeachtlich zu erklären, kurz darge-

Sinne nicht vor. Für ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage bestehen keine positiv-rechtlichen Formvorschriften, die verletzt werden könnten. Wenn gleichwohl ein nicht-rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund für HÜVe. mit Rücksicht gerade auf die Formvorschrift des § 313 nicht anerkannt werden kann, so folgt das aus dem § 313 zu entnehmenden rechtspolitischen Willen des Gesetzgebers, der, weil allem Grund und Boden eine große soziale Bedeutung zukommt, Grundstücksübereinerungsverpflichtungen nur unter dieser Bedeutung entsprechenden formalen Voraussetzungen zustande kommen lassen will. Entscheidend ist somit nicht die Nichtbeachtung der Form des § 313 als solcher, sondern der in dieser Bestimmung zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers.

43.) Die Anwendung des § 242 im Hinblick auf die

stellt werden. Diese Entwicklung ist zwar im wesentlichen nur noch geschichtlich interessant. Ihre Darstellung dient aber einem besseren Verständnis der heutigen Rechtsauffassung, gerade soweit diese, wie sich zeigen wird, im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist. Die folgenden Erörterungen beziehen sich dabei im wesentlichen nur auf die Formvorschrift des § 313, wobei deren Anwendungsbereich noch wieder durch die Beschränkung auf Hofübergabeverträge verkleinert wird. Das hat seinen Grund darin, daß es bei der Frage, ob dem Mangel der Form im Einzelfall die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu versagen ist, wesentlich auf die Art und Bedeutung der jeweiligen Formvorschrift ankommt 44.)

- bb.) Ursprünglich vertrat das frühere Reichsgericht den Standpunkt, daß Formvorschriften - so auch dem § 313 - gegenüber die Berufung auf Treu und Glauben versagen müsse, weil sonst die Formvorschriften bedeutungslos sein würden. Der Vertragspartner, der einen formwidrigen und deshalb nichtigen Vertrag abschließe, müsse sich die Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrages seitens des Vertragsgegners gefallen lassen, denn dieser mache nur von seinem Recht Gebrauch 45.)

Von diesem eindeutigen Grundsatz hat das RG zunächst für den Fall der Arglist eine Ausnahme zugelassen. Es hat dabei ausgeführt, daß derjenige,

Rechtsfolgen eines Formverstößes ist ein Unterfall der zweiten Funktionsschicht des § 242. Vgl. Wieacker IV S.28 f. S. auch oben S.113.

- 44.) Siehe hierzu Westermann i. Erman 5 zu § 125; Gernhuber S.173.

- 45.) RGZ 50, 1 ff. (5); 72, 342 f.; 77, 277.

der den Abschluß eines formgerechten Vertrages in der Absicht verhindern, sich später auf den Formmangel berufen zu können, oder der beim Vertragsschluß die Form für unnötig erkläre und sich später trotzdem auf den Formmangel berufe, sich arglistig verhalte. Ein solches Verhalten verstoße gegen Treu und Glauben, so daß die Nichtigkeit des Vertrages nicht geltend gemacht werden dürfe 46.).

Danach hat das RG den Einwand der allgemeinen Arglist in weiteren Fällen zugelassen. Eine Partei könne sich auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit wegen Formverstoßes dann nicht berufen, wenn sie selbst schuldhaft - vorsätzlich oder fahrlässig, keinesfalls unbedingt arglistig - bei der anderen Vertragspartei einen Irrtum über den Formzwang verursacht habe 47.).

Diesen Grundsatz hat das RG schließlich dahin erweitert, daß die Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrages seitens einer Partei auch dann schon unzulässig sein könne, wenn diese Partei bei ihrem Gegner einen Irrtum über die Formbedürftigkeit auch bloß - nicht schuldhaft - veranlaßt habe und wenn die jetzige Geltendmachung der Nichtigkeit mit dem früheren Verhalten in Widerspruch stehe 48.).

In späteren Entscheidungen hat das RG diese Entwicklung folgerichtig ^{zuende} geführt. Es hat die Geltendmachung der Arglisteinrede gegenüber dem Einwand des Formmangels nicht mehr von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht, nämlich zunächst einem arglistigen, dann schuldhaften und zuletzt rein ursächlichen Verhalten. Auf diese Fallgestal-

46.) RGZ 96, 313 ff. (315).

47.) RGZ 107, 357 ff.; 117, 121 ff. (124).

48.) RGZ 153, 59 ff. (61); RGJW 37, 1067.

tungen sei die Geltendmachung des allgemeinen Arglisteinwandes nicht beschränkt; die Beschränkung der Fragestellung auf derartige Gesichtspunkte sei zu eng. Der Gegeneinwand der Arglist müsse vielmehr überall da zugelassen werden, wo es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen mit dem allgemeinen Rechtsempfinden unvereinbar sei und deshalb gegen Treu und Glauben, § 242, verstoße, die Vertragsansprüche am Formmangel scheitern zu lassen ^{49.)}).

Nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 hat sich der Oberste Gerichtshof dem am Ende der Entwicklung der Rechtsprechung des RG stehenden Rechtsgrundsatz ausdrücklich angeschlossen, wobei er freilich ausführte, daß von der in § 125 angeordneten Rechtsfolge der Nichtigkeit mit Rücksicht auf Treu und Glauben nur in Ausnahmefällen, zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse, abgewichen werden dürfe ^{50.) 51.)}).

Auf den gleichen Standpunkt hat sich schließlich auch der Bundesgerichtshof gestellt, wobei er feststellte, daß es sich in Wirklichkeit nicht um die Berücksichtigung eines Einwandes oder einer Einrede des Geschäftsgegners handele, mit deren

49.) RGZ 157, 207 ff. (209); 169, 65 ff. (73); 170, 203 ff. (205).

50.) OGHBrZ. 1, 217 ff. = MDR 49, 31 f.; OGHNJW 50, 25.

51.) Nur das OLG Koblenz hat nach dem Zusammenbruch die Ansicht vertreten, daß einem Formmangel gegenüber eine Berufung auf Treu und Glauben in keinem Falle zulässig sei, da Formvorschriften mit Rücksicht auf öffentliche Interessen stets einzuhalten seien, OLG Koblenz in DRZ 49, 40 ff. Dem ist aber die übrige Rechtsprechung nicht gefolgt; m.E. mit Recht, wie die weiteren Ausführungen im Text ergeben werden.

Hilfe die Berufung auf den Mangel der Form unwirksam gemacht werde, sondern um eine besondere Gestaltung des Falles, angesichts deren von Amts wegen dem Mangel der Form die Rechtsfolge der Nichtigkeit mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242) zu versagen sei 52.) 53.) .

cc.) Im Schrifttum hat diese Rechtsprechung unterschiedliche Aufnahme gefunden. Teils ist sie gänzlich abgelehnt 54.), teils mit Einschränkungen gebilligt 55.) worden. Man hat namentlich darauf hingewiesen, daß es mit der eigentlichen Funktion des § 242 unvereinbar sei, mit seiner Hilfe eine Beschränkung der vom Gesetz selbst angeordneten Nichtigkeitsfolge herbeizuführen. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sich mit diesen kritischen Stimmen im einzelnen auseinanderzusetzen. Ihnen kann im Ergebnis nicht beigepflichtet werden. Vielmehr ist mit der h.L. 56.) dem am Ende der Entwicklung stehenden Rechtsgrund-

52.) BGHRdL 54, 153 ff. (157) = BGHZ 12, 286 ff.; BGHZ 16, 334 ff. (337); BGHRdL 57, 96 ff. (99) = BGHZ 23, 249 ff.; BGHZ 20, 338 ff. (344).

53.) Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe Reinicke II S.641 f.; Schulte VI S.361; Siebert b. Soergel III 2 zu 242; von Staudinger-Coing II 8 zu § 125; Tasche S.107 ff.; Westermann b.Erman 5 zu § 125; BGHZ 16, 336 f.

54.) U.a. Matthiessen I u. II; Bosch I u. in seinem Gutachten zu OLG Koblenz in DRZ 49, 40 ff.

55.) U.a. Wieacker IV S.28 f.; insbes. auch Fußnote 62; Gernhuber S.151 ff.

56.) U.a. Coing i.Staudinger II 8 zu § 125; Enn.-Nipperdey § 154 III 4; Danckelmann i. Palandt 2 zu § 125 u. 4d zu § 242; Lehmann II S.210; Reinicke II S.641 ff.; Schulte I S.177 ff. u. VI S.361 ff.; Siebert i. Soergel C III zu § 242; Westermann i. Erman 5 zu § 125.

satz des BGH zuzustimmen. Seine Berechtigung ergibt sich aus dem Gesichtspunkt, daß der gesamte Rechtsverkehr, insbesondere aber alle Schuldverhältnisse dem Grundsatz von Treu und Glauben unterstellt sind. Dabei kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht so sehr darauf an, wie der Erfüllungsanspruch, der stets zu gewähren ist, im einzelnen dogmatisch zu konstruieren ist ^{57.)}. Entscheidend ist hier allein, daß Treu und Glauben trotz Formverstößes zu einem vertraglichen Erfüllungsanspruch führen, mit ihrer Hilfe also im Verhältnis der Parteien zu einander ein Erfüllungszustand herzustellen ist.

dd.) Bevor wir uns der Frage zuwenden, ob und gegebenenfalls welche Bedeutung diesem Rechtsgrundsatz vom Ausschluß der Nichtigkeitsfolge gemäß § 242 dann zukommt, wenn es an einer rechtsgeschäftlichen Willenseinigung fehlt, gilt es noch, ein anderes Problem zu behandeln. Die dargelegten Erwägungen zu der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen dem Mangel der Form des § 313 gemäß § 242 die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu versagen ist, bezogen sich nur auf solche Fälle, in denen es lediglich um eine gewöhnliche Grundstücksveräußerung ging. Ein Übergabevertrag beschränkt sich jedoch, wie oben dargetan, nicht auf diesen Inhalt, obgleich auch er der Form des § 313 bedarf. Vielmehr geht bei ihm der Hofeigentümer die Übergabeverpflichtung nicht um ihrer selbst willen, sondern mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge ein, wodurch der Übernehmer zum Hoferben wird. Es fragt sich danach, ob auch ein Hofübergabe-

57.) Siehe zu dieser Frage u.a. Enn.-Nipperdey § 154 III 4; Wieacker II S.289; Schulte I S.177 f.

vertrag, wenn er ohne Beachtung der Form des § 313 abgeschlossen worden ist, entsprechend dem dargelegten Rechtsgrundsatz Erfüllungsansprüche zwischen den Parteien auszulösen vermag; oder aber, ob seine besondere Natur als ein erbrechtsgestaltender Vertrag dem entgegensteht.

Derartige Bedenken ergeben sich unter dem Gesichtspunkt, daß der Hofübernehmer ein absolutes Recht, nämlich ein Erbrecht, mit Wirkungen gegen Dritte erlangt. Im Gegensatz dazu führt ein gewöhnlicher Grundstücksübereignungsvertrag nur zu Wirkungen inter partes. So meint Wieacker^{58.)} denn auch, daß § 242 nicht in der Lage sei, einem formnichtigen Hofübergabevertrag die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu versagen; denn auf diese Weise werde mit Hilfe von § 242 eine absolut wirkende Erbenposition begründet, was die Möglichkeiten des § 242 übersteige^{59.)}. Diese Auffassung ist m.E. jedoch unzutreffend. Es ist nicht einzusehen, warum § 242 in einem Falle, wo die Beteiligten die Begründung einer Hoferbenposition durch Übergabevertrag gewollt haben - nur darum geht es hier vorerst -, nicht imstande sein soll, entsprechend dem oben angeführten allgemeinen Rechtsgrundsatz dem Mangel der Form abzuhelfen. Die Berufung auf § 242 bei einem formfehlerhaften Übergabevertrag bedeutet keine mit der bisherigen Anwendung des § 242 bei Verstößen gegen § 313 nicht vereinbare Ausdehnung seiner Anwen-

58.) Wieacker IS.120 ff. u. II S.289 u. IV S.29 Fußnote 62, S44 Fußnote 94, S.49.

59.) Humbert I S.1859 schließt sich den Bedenken Wieackers mit dem zusätzlichen Hinweis an, daß die Erbfolge in den Hof nur einmal in jeder Generation statfinde, während die Situation bei den gewöhnlichen Anwendungsfällen des § 313 eine ganz andere sei.

dungsmöglichkeiten. § 242 überwindet bei einem gewöhnlichen Grundstücksveräußerungsvertrag lediglich den Formfehler als solchen; er zeitigt keine sonstigen irgendwie gearteten Rechtswirkungen. Ebenso verhält es sich beim Übergabevertrag. Auch hier wirkt der Treu-und-Glauben-Grundsatz nur auf den Formfehler ein. Daß ein Übergabevertrag eine Erbenstellung begründet, kann nicht zur Folge haben, daß bei formfehlerhaften Übergabeverträgen § 242 keine Anwendung findet. Daß auch ein formwidriger, aber nach § 242 rechtswirksamer Übergabevertrag eine Hoferbenstellung begründet, ist keine Folge der Anwendung des § 242, hat also mit seiner spezifischen Wirkungsmöglichkeit bei Formfehlern nichts zu tun; dies hängt vielmehr mit der besonderen Natur des Übergabevertrages zusammen. § 242 hat also auch bei formfehlerhaften Übergabeverträgen nur Einfluß auf die Rechtsfolgen des Formverstosßes; eine darüber hinausgehende Wirkung wird ihm nicht zuerkannt, so daß gegen seine Anwendung keine Bedenken bestehen 60.) 61.).

60.) Ebenso Schulte VI S.362 und wohl auch I S.178 f.; Krause R., S.162 f.; Gercke's S.164; im Ergebnis auch zustimmend Heuse i. Erman 2c vor § 2064 und 4 vor § 2274.

61.) Aus den oben dargelegten Gründen kann auch Wieacker I S.121 u. II S.289 nicht zugestimmt werden, wenn er meint, daß die Anwendung des § 242 auf formwidrige Hofübergabeverträge dem Richter die Verantwortung für sich aus dem absoluten Erbrecht ergebende etwaige Rechtswirkungen gegen Dritte auferlege, die nicht am Verfahren beteiligt gewesen seien. (Siehe hierzu auch o. S.144). Eine gerichtliche Entscheidung, die einem formwidrigen Vertrag mit Rücksicht auf Treu und Glauben ausnahmsweise die Rechtsfolge der Nichtigkeit versagt, wirkt nicht in diesem Sinne rechtsgestaltend. Der Richter stellt vielmehr - in der Form eines Leistungs- oder Feststellungsurteils - nur fest, daß der formnichtige Vertrag ausnahmsweise Rechtsfolgen zeitigt. Diese Rechts-

Zusammenfassend ist festzustellen, daß ein formfehlerhaft abgeschlossener Hofübergabevertrag mit Rücksicht auf Treu und Glauben in Ausnahmefällen, d.h. dann, wenn es zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse erforderlich erscheint, die von den Parteien gewollten Rechtsfolgen zu zeitigen vermag.

b.) Es fragt sich nun, ob diesem Rechtsgrundsatz in unserem Zusammenhang irgendeine Bedeutung zukommt. Das ist deshalb zweifelhaft, weil er nur für solche Fälle entwickelt worden ist, in denen immerhin eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Parteien gegeben ist, die bei den vorliegenden Erbfolgefällen jedoch fehlt. Gleichwohl wird man ihm auch für unsere Hoferbfolgefälle Wirksamkeit zuzubilligen haben. Mit anderen Worten: Der angeführte Rechtsgrundsatz muß die Kraft besitzen, die Formvorschrift des § 313, soweit gerade diese der Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage in den vorliegenden Hoferbfolgefällen entgegensteht, in seltenen Ausnahmen zu überwinden. Die Befugnis zu einer derartigen erweiterten Anwendung des fraglichen Rechtssatzes ergibt sich aus den folgenden Gründen.

aa.) Bei deren erstem geht es um die Frage, welche Gesichtspunkte überhaupt geprüft werden, wenn es

folgen, auch soweit sie sich gegen Dritte richten sollten, werden nicht durch den Richterspruch begründet, sondern beruhen auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien. Eine derartige Entscheidung hält sich im Rahmen der prozessual und materiell-rechtlich zulässigen Richtertätigkeit. Sie ist ebenso erlaubt wie die gerichtliche Feststellung der Rechtswirksamkeit eines formgerecht abgeschlossenen Vertrages; so auch Schulte VI S. 362.

um den Ausschluß der Nichtigkeitsfolge gemäß § 242 geht.

Man könnte hierbei in Erwägung ziehen, von den konkreten Zwecken des § 313 (s. o. S. 134) auszugehen. Es wäre alsdann zu untersuchen, ob die verschiedenen Zwecke im Einzelfall trotz Formmangels gewährleistet sind. Sofern das bejaht werden müßte, wäre ein rechtswirksamer Hofübergabevertrag anzunehmen. Rechtsprechung und Rechtslehre haben aber mit Recht eine derartige Fragestellung vermieden; denn sie birgt die Gefahr in sich, daß lediglich formale Gesichtspunkte bei der Frage der Überwindung des Formmangels den Ausschlag geben. Soll beispielsweise die Rechtswirksamkeit eines formlos abgeschlossenen Übergabevertrages nur daran scheitern können, daß es an der fachmännischen Beratung fehlt, obwohl der Richter möglicherweise im Prozeß feststellt, daß die getroffenen Vereinbarungen durchaus vernünftig sind? Oder soll das etwaige Fehlen einer schriftlichen Urkunde die Bejahung eines formlos wirksamen Übergabevertrages ausschließen, auch wenn der Vertragsinhalt unzweideutig festliegt und gegebenenfalls sogar Zeugen über ihn aussagen könnten? Zu derartigen Bedenken käme noch hinzu, daß es zweifelhaft wäre, wieviel und welche Zwecke im Einzelfall erfüllt sein müßten, um eine Bindung zu bejahen. Soll hier eine formal gehaltene ziffermäßige Abwägung etwa in dem Sinne erfolgen, daß beispielsweise mindestens vier Zwecke erfüllt sein müßten usw.? Schon diese wenigen Beispiele zeigen, daß ein bloßes Abstellen auf die einzelnen Zwecke des § 313 wenig sinnvoll ist.

Auszugehen ist vielmehr von dem Wesen des Treu-und-Glauben-Grundsatzes. Dieser will eine mit dem allgemeinen Rechtsempfinden übereinstimmende rechtliche Lösung des Einzelfalles erreichen.

Dementsprechend ist die Beantwortung der Frage, ob Treu und Glauben ausnahmsweise den Formmangel zu überwinden vermögen, von anderen Gesichtspunkten abhängig zu machen.

Das hat denn auch die Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit ihr die Lehre getan. Welche Gesichtspunkte dabei im einzelnen bedeutsam waren und es heute noch sind, ergibt die obige Darstellung der Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (s.o. S.138). So verlangte diese am Beginn ihrer Entwicklung einen durch die Arglist des einen Partners bedingten Irrtum auf seiten des anderen Partners über den Formzwang. Einige Zeit später trat dann an die Stelle der Arglist das Verschulden, welches seinerseits wiederum durch das mit dem Verbot des venire contra factum proprium gekoppelte Veranlassungsprinzip verdrängt wurde. Am Ende der Entwicklung wurde schließlich die Beschränkung auf gewisse Fallgestaltungen wie z.B. Irrtumserregung, venire contra factum proprium usw. gänzlich aufgegeben. Es setzte sich der Rechtsgrundsatz durch, daß ganz allgemein amtsseitig zu prüfen ist, ob Treu und Glauben im konkreten Falle ausnahmsweise die Rechtsfolge der Nichtigkeit ausschließen.

Diese Fragestellung ist im Hinblick auf unser Problem insofern von Bedeutung, als in ihr alle vorher üblich gewesenen Einzelfragen aufgegangen sind. Sie ermöglicht die Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalles, ohne dabei die Bejahung eines formlos wirksamen Übergabevertrages von bestimmten Voraussetzungen wie Irrtumserregung usw. abhängig zu machen. Sie ist demnach die umfassendste, die im Hinblick auf die Rechtsfolgen eines Formverstößes denkbar ist; in ihr als der höherrangigen sind die Einzelfragen

nach den Formzwecken und dem Vorliegen bestimmter Fallgestaltungen aufgegangen. Sie faßt schlechthin die gesamte Sach- und Interessenlage ins Auge. Das geht auch aus der Formulierung des BGH ^{62.)} hervor, der es auf das bisherige Verhalten der Vertragsteile und die infolgedessen eingetretene tatsächliche Entwicklung der Verhältnisse abstellt. Mit dem Verhalten der Parteien zueinander und der infolgedessen eingetretenen Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse sind praktisch sämtliche subjektiven Gesichtspunkte herangezogen, die überhaupt für die Entscheidung der Frage, ob die Rechtsfolge des § 125 gemäß § 242 auszuschließen ist, in Betracht kommen können. Der Kern des am Ende der Entwicklung stehenden Rechtsgrundsatzes liegt mithin in der Frage, ob die gesamte objektive und subjektive Sach- und Interessenlage gemäß Treu und Glauben ausnahmsweise die Anerkennung eines HÜVes. erfordert. Diese Fragestellung ergibt auch im Hinblick auf die vorliegenden Hoferbfolgefälle einen Sinn. Sie ist in ähnlicher Form im vorhergehenden (s.o. S. 131) bereits im Zusammenhang mit der Ersetzung des Vertragsschlusses durch einen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund zur Anwendung gelangt. Hier gilt es, mit ihrer Hilfe die der Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage entgegenstehende Formvorschrift des § 313 zu überwinden.

Die Kraft hierzu ist dem angeführten Rechtsgrundsatz zuzubilligen. Denn ebenso wie er dann, wenn formfehlerhafte Willenserklärungen vorliegen, mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung des Falles die gesetzlich angeordnete Nichtigkeitsfolge

62.) BGHZ 12, 304 = RdL 54, 157. Siehe auch oben S. 142.

überwindet, muß er auch in unseren Hoferbfolgefällen mit Rücksicht darauf, daß diese nur durch Anerkennung eines HÜVes. befriedigend zu regeln sind, die einer solchen Regelung entgegenstehende Formvorschrift des § 313 ausnahmsweise zu überwinden imstande sein. Dogmatisch handelt es sich dabei im wesentlichen um gleiche Vorgänge. Beide Male tritt der erklärte Wille des Gesetzes, ein HÜV. nur unter Beachtung von § 313 zustande kommen zu lassen, gegenüber den besonderen Erfordernissen des Einzelfalles zurück. Zwar liegen in einem Falle Willenserklärungen vor, im anderen dagegen nicht. Dieser Unterschied verliert aber an Bedeutung gegenüber dem beide Fallgestaltungen kennzeichnenden Moment, nur durch Bejahung einer vertraglichen Bindung zwischen Hofeigentümer und Hofanwärter zufriedenstellend gelöst werden zu können. Hat aber der in Rede stehende Rechtssatz die Kraft, in jenen Fällen zum Zwecke der Bejahung eines HÜVes. den Formmangel zu überwinden, so muß man ihm im gleichen Sinne auch in den vorliegenden Hoferbfolgefällen diese Kraft zuerkennen.

- bb.) Für eine derartige erweiterte Anwendung des Rechtssatzes vom Ausschluß der Formnichtigkeit gemäß § 242 spricht ferner der Gesichtspunkt, daß in den Fällen, in denen in herkömmlicher Weise die Überwindung des Mangels der Form des § 313 von dem Vorhandensein einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung abhängig gemacht wird, diese Vereinbarung immer mehr an Bedeutung verloren hat. Zwar ist bislang nicht der Schritt getan worden, von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen überhaupt abzusehen. Auch sind aus dem fortschreitenden Bedeutungsverlust der Willenseinigung bisher keine wesentlichen rechtlichen Konsequenzen gezogen worden. Insofern läßt sich nach wie vor

sagen, daß die (formlose) Willenseinigung noch immer *condictio sine qua non* ist für die rechtliche Anerkennung eines HÜVes. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß die bisherige Anwendung des fraglichen Rechtsgrundsatzes zur Folge gehabt hat, daß für die Frage der Anerkennung formlos wirksamer Vertragsverhältnisse die Tatsache des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins einer Willenseinigung der Parteien fortschreitend an Bedeutung verloren hat. Dafür gibt es m.E. zwei Ursachen.

Zum einen bringt es die Natur des Rechtsgrundsatzes, dessen Fragestellung, wie ausgeführt, auf die gesamte Sach- und Interessenlage gerichtet ist, mit sich, daß die Willenseinigung nur einer von mehreren tatsächlichen Umständen ist, die in ihrer Gesamtheit für die Entscheidung erheblich sind. Neben der Vereinbarung spielen die anderen Umstände, wie namentlich die objektiv verwirklichte Sachlage und die tatsächlichen Beziehungen der Parteien zueinander, eine ebenso bedeutsame Rolle; die Bedeutung der Willenseinigung wird auf diese Weise relativiert. Zwar sind alle in Betracht kommenden Tatsachen durchweg nur die Folge des Parteiwillens, d.h. sie sind deshalb verwirklicht worden, weil die Parteien sie gewollt haben. Dennoch sind sie bei der Prüfung der Frage, ob ein formlos wirksames HÜV, anzunehmen ist, ebenso rechtserheblich wie die Vereinbarung selbst. Letzteres wird zusätzlich dadurch unterstrichen, daß eine bloße formlose Willenseinigung, die keine irgendwie geartete Gestaltung der Sachlage zur Folge gehabt hat, keinesfalls für die Bejahung eines rechtswirksamen HÜVes. ausreicht.

Die zweite Ursache dafür, daß die Frage nach der Willenseinigung immer mehr in den Hintergrund

getreten ist, ist darin zu sehen, daß an die Stelle wirklicher willentlicher Vereinbarungen vielfach nur noch bloße Fiktionen gesetzt werden. Dazu ist bereits an anderer Stelle (s.o. S. 35) im Hinblick auf die einschlägigen Hoferbfolgefälle Näheres gesagt worden. Hier gilt es jetzt lediglich, diese Erkenntnis für das in Rede stehende Formproblem zu verwerten. Der geltenden Rechtsordnung sind Fiktionen ganz allgemein durchaus bekannt, so daß auch gegen die Annahme fiktiver Willenserklärungen in vereinzelten Ausnahmen keine grundsätzlichen Bedenken bestehen. Das Gesetz selbst kennt solche, z.B. in den §§ 568, 496 und beim Schweigen auf Bestätigungsschreiben im Handelsrecht ^{63.)}. Bejaht man jedoch, wie es der BGH durchweg in seinen einschlägigen Entscheidungen zur formlosen Hoferbenbestimmung tut, auf die Begründung eines HÜVes. gerichtete Willenserklärungen, obgleich eine entsprechende tatsächliche Willenseinigung der Parteien in Wirklichkeit nicht vorliegt, und wendet man auf dieses fiktive Rechtsgeschäft den Rechtsgrundsatz über den Ausschluß der Nichtigkeitsfolgen gemäß § 242 an, so erhellt daraus, daß es für die Anwendung dieses Grundsatzes jedenfalls in diesen Fällen auf die tatsächliche Einigung nicht entscheidend mehr ankommt.

Es sind mithin zwei Gesichtspunkte, nämlich die Relativierung der Bedeutung der Willenseinigung und darüber hinaus deren Zurückdrängung durch Fiktionen, die dazu geführt haben, daß die Frage, ob überhaupt eine Willenseinigung unter den Beteiligten vorliegt, immer weiter an Bedeutung verloren hat. Danach erscheint es gerechtfertigt, aus dieser

63.) Zur Frage der fiktiven Willenserklärungen
s. Enn.-Nipperdey § 153 IV 2.

Sach- und Rechtslage die für das vorliegende Problem entscheidende Schlußfolgerung zu ziehen. Wenn nämlich ohnehin die tatsächliche Willenseinigung zunehmend an Bedeutung verliert und demgemäß der Rechtssatz vom Ausschluß der Nichtigkeitsfolge auch auf Tatbestände angewendet wird, in denen es an einer Willenseinigung im tatsächlichen Sinne überhaupt fehlt, so muß es zulässig sein, dem fraglichen Rechtssatz auch in unserem Zusammenhang Wirksamkeit zuzusprechen. Das heißt aber nichts anderes, als daß er mit Rücksicht auf den fortschreitenden Bedeutungsverlust der Willenseinigung auch in den vorliegenden Fällen, in denen es an einem tatsächlichen Willen gänzlich gebricht, die Formvorschrift des § 313 zu überwinden in der Lage ist, soweit es gerade diese ist, die der Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage entgegensteht. Das ist lediglich die folgerichtige Zuendeführung der Entwicklung, in deren Verlauf der tatsächliche Wille der Beteiligten immer mehr zurückgetreten ist.

Zusammenfassend ist als Ergebnis der Untersuchungen zur Formfrage festzustellen: Die Formvorschrift des § 313 steht der Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage grundsätzlich entgegen. Jedoch hat der für formwidrige rechtsgeschäftliche Vertragsschlüsse entwickelte Rechtsgrundsatz, wonach Treu und Glauben in Ausnahmefällen zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse die Nichtigkeitsfolge bei Formfehlern auszuschließen vermögen, auch für die vorliegenden Hoferbfolgefälle Gültigkeit, dergestalt, daß der fragliche Rechtssatz auch in diesen Fällen ausnahmsweise die Formvorschrift des § 313 zu überwinden imstande ist, soweit gerade diese der Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grund-

lage entgegensteht.

III.) Rechtstheoretisch einheitliche Prüfung, ob ein HÜV. gemäß § 242 anzuerkennen ist.

- 1.) Nunmehr gilt es, abschließend die im vorhergehenden erarbeiteten Ergebnisse in rechtstheoretischer Hinsicht aufeinander abzustimmen.

§ 242 gelangt in den vorliegenden Hoferbfolgefällen, in denen sich der Hofanwärter mit seinem ganzen Leben endgültig unter Duldung des Hofeigentümers auf die spätere Übernahme des Hofes eingerichtet hat, zweimal zur Anwendung. Zum einen ersetzt er den Vertragsschluß im Sinne des BGB und zum anderen überwindet er die Formvorschrift des § 313. Beides geschieht mit demselben Ziel, nämlich die betreffenden Fälle durch Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage in einer das Rechtsgefühl befriedigenden Weise rechtlich zu ordnen. Dabei sind es beide Male dieselben rechtserheblichen Tatsachen, die ihre Beurteilung durch § 242 erfahren.

Diese Sach- und Rechtslage, nämlich

Gleichheit der angewendeten Rechtsnorm
(§ 242),

Gleichheit der rechtserheblichen Tatsachen
sowie

Gleichheit des angestrebten Zieles,

läßt es geboten und gerechtfertigt erscheinen, den letzten Schritt zu tun. Dieser besteht darin, die - rechtstheoretisch - sich doppelt vollziehende Bewertung der einschlägigen Hoferbfolgefälle durch § 242 zu einer einzigen zusammenzufassen und einheitlich zu untersuchen, ob Treu und Glauben schlechthin die Anerkennung eines HÜVes. auf nicht-

rechtsgeschäftlicher Grundlage erfordern. In dieser einheitlichen Fragestellung gehen die Einzelfragen nach der Ersetzung des Vertragschlusses und der Überwindung der Formvorschrift des § 313 auf.

- 2.) Der vorgenannte Rechtsgrundsatz ist für diejenigen Hoferbfolgefälle entwickelt worden, in denen, das sei der Klarheit halber noch einmal gesagt, keine rechtsgeschäftliche Willenseinigung vorliegt. Seine Wirkung reicht indessen darüber hinaus.

Wie oben festgestellt, sind auch dann, wenn in unseren Fällen formlose Willenserklärungen vorliegen, letztlich die tatsächlichen Verhältnisse und Umstände dafür ausschlaggebend, ob ein HÜV. anzuerkennen ist; die Frage nach dem Vorhandensein der Willenseinigung tritt dabei aus den erwähnten Gründen (s.o. S.153.) weitgehend in den Hintergrund. Dementsprechend wird man es für erlaubt halten müssen, auch in den Fällen, wo eine formlose rechtsgeschäftliche Vereinbarung gegeben ist, gemäß dem oben entwickelten Rechtsatz ein HÜV. unabhängig von dieser Vereinbarung auf Grund der bloß tatsächlichen Verhältnisse anzuerkennen. Trifft das aber zu, so ist es gerechtfertigt, ebenfalls bei Vorliegen von Willenserklärungen ganz allgemein zu fragen, ob Treu und Glauben die Anerkennung eines HÜVes. gebieten. Dabei ist dann die Willenseinigung nicht gänzlich außer Acht zu lassen. Sie verliert aber ihre Bedeutung als *conditio sine qua non* im bisherigen Sinne für die Anerkennung eines HÜVes.; sie ist eine von vielen rechtserheblichen Tatsachen.

Ergebnis der Erörterungen zur Frage des Entstehungsgrundes für Hofübergabevertragsverhältnisse:

In allen Fällen, in denen kein formgerechter Hofübergabevertrag vorliegt, ist zu prüfen, ob gleichwohl zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse ausnahmsweise ein HÜV. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage gemäß § 242 anzuerkennen ist.

IV.) Die Grenzen in der Anerkennung eines HÜVes. gemäß § 242.

- 1 a.) Es erhebt sich nunmehr die Frage, wo die Grenzen in der Anerkennung eines HÜVes. nach § 242 liegen. Wie oben bereits dargelegt, gibt es für die Anwendung des Treu-und-Glauben-Grundsatzes ganz allgemein keine festen tatbestandlichen Voraussetzungen. Das hat auch für das Zustandekommen eines HÜVes. auf der Grundlage von § 242 zu gelten. Ob und wann ein solches zu bejahen ist, ist ausschließlich eine Frage des Einzelfalles. Der Versuch, allgemein gehaltene, mehr oder weniger abstrakte Tatbestandsmerkmale aufzustellen und die Anerkennung eines HÜVes. gemäß § 242 von deren Einhaltung abhängig zu machen, muß von vornherein an der besonderen Natur des Treu- und-Glauben-Prinzips scheitern ^{64.)}.

64.) Das gilt auch hinsichtlich der Ansicht des BGH, der eine formlos wirksame rechtsgeschäftliche Hoferbenbestimmung nur dann annehmen will, wenn "Art, Umfang und Dauer" der Beschäftigung des Abkömmlings dies erforderten, BGHZ 12, 286 = RdL 54, 153. Zwar wird den genannten Umständen für die Beantwortung der Frage, ob § 242 ausnahmsweise die Nichtigkeitsfolge des § 125 auszuschließen vermag, in der Regel maßgebliche Bedeutung zukommen. Unbedingte notwendig ist dies jedoch nicht. Daß es verfehlt ist, derartige tatbestandliche Voraussetzungen - gleichsam als Norm - aufzustellen, beweist auch die Entscheidung

Dieses will eben schlechthin eine gerechte und billige Lösung des einzelnen Falles ermöglichen und durchsetzen. Dabei ist es dann die besondere Gestaltung der Einzelfälle, die entscheidend dafür ist, ob § 242 zu ihrer rechtlichen Ordnung mit heranzuziehen ist. Allgemein läßt sich nur die Feststellung treffen, daß die Bejahung eines HÜVes. auf der Grundlage von § 242 nur dann in Betracht kommt, wenn es angesichts der tatsächlichen Verhältnisse und der sonstigen Umstände zur Vermeidung von mit dem Rechtsempfinden unvereinbaren Ergebnissen geboten erscheint ⁶⁵⁾.

BGHRdL 55, 109 ff., wo sich das Gericht genötigt sah, das von ihm selbst aufgestellte Erfordernis der "Dauer" wieder erheblich einzuschränken. Etwas anderes ist es, wenn das Gesetz derartige Tatbestandsmerkmale aufstellt, wie die Höfeordnung für Rheinland-Pfalz; s. hierzu Näheres in der folgenden Anm.

- 65.) Obgleich es in dem dargelegten Sinne keine abstrakten Tatbestandsmerkmale bei der Anwendung des Treu-und-Glauben-Grundsatzes gibt, lassen sich dennoch aus der Erfahrung verschiedene häufig wiederkehrende konkrete Tatsachen ermitteln, denen für die Beantwortung der Frage, ob ein HÜV. nach § 242 anzuerkennen ist, durchweg Bedeutung beizumessen sein wird, die also in diesem Sinne rechtserheblich sind. Hier sind in erster Linie - insoweit in Übereinstimmung mit dem BGH - die Art und der Umfang einer etwaigen Tätigkeit des Anwärters auf dem Hof zu nennen. Diesen Tatbeständen mißt auch die Höfeordnung für Rheinland-Pfalz vom 7.10.1953 Bedeutung zu: § 17 III 1 dieses Gesetzes lautet: "Hat der Erblasser durch Art und Umfang der Beschäftigung eines Kindes auf dem Hof erkennen lassen, daß dieses Kind den Hof übernehmen soll, so geht es allen anderen Kindern vor (s c. beim gesetzlichen Erbfall, der Verf.)". Dabei sind allerdings für das betreffende Gesetz Art und Umfang nur dann erheblich, wenn sie auf einen entsprechenden Willen des Hofeigentümers schließen lassen. Fehlt es an einem solchen, so sind die genannten Umstände unbeachtlich, vgl. Hartmann 4 zu § 17. In unserem Zusammenhang dagegen sind Art und Umfang

- b.) Dabei ist freilich nicht zu übersehen, daß das erarbeitete Ergebnis eine gewisse Gefährdung der Rechtssicherheit zugunsten der materiellen Gerechtigkeit mit sich bringt. Betrachtet man die gesetzlich geregelte Begründungsmöglichkeit, nämlich eine formgerechte Vereinbarung, als einzig zulässigen Entstehungsgrund für HÜVe., so

unabhängig von dem Willen relevant (s. aber u. S. f.). Auch die Dauer einer etwaigen Beschäftigung auf dem Hof kann erheblich sein, wenngleich sich auch nicht sagen läßt, daß eine längere Beschäftigung notwendige Voraussetzung für die Anerkennung eines HÜVe. gemäß § 242 sei. Ferner wird stets zu berücksichtigen sein, ob etwa der Hofanwärter in der Erwartung, er werde den Hof erhalten, endgültig darauf verzichtet hat, sich eine andere Lebensstellung zu verschaffen, indem er z.B. einen anderen Hof ausgeschlagen hat. Auch kann es darauf ankommen, ob es dem Anwärter überhaupt noch zumutbar ist, sich eine neue Existenz zu verschaffen. Rechtserheblich wird im allgemeinen auch eine Heirat des Anwärters auf dem Hof und die Ernährung seiner Familie von den Erträgen des Hofes sein. Weiter kann das Alter und besonders auch die berufliche Ausbildung des Anwärters von Belang sein. Beruf, Stellung und eine etwaige Tätigkeit anderer Abkömmlinge auf dem Hof müssen u.U. gleichfalls in die Erörterungen einbezogen werden. Endlich kann auch etwaigen Erklärungen und Zusagen seitens des Hofeigentümers eine beschränkte Bedeutung beizumessen sein, wenngleich diese in der Mehrzahl unserer Fälle auch nicht als Willenserklärungen im Rechtssinne anzusehen sind. All diese genannten Tatumstände können bei der Anwendung des Treu-und-Glauben-Grundsatzes, der ja in unserem Zusammenhang die gesamte Sach- und Interessenlage ins Auge faßt, rechtliche Bedeutung erlangen; notwendig ist das jedoch, wie dargelegt, mit Rücksicht auf die besondere Natur des Treu-und-Glauben-Satzes, der sich an jedem Einzelfall neu erprobt, nicht.

bereitet die Frage, ob ein solches vorliegt, keine besonderen Schwierigkeiten. Anders dagegen in unseren Fällen, wo die tatsächlichen Verhältnisse gemäß § 242 zur Entstehung führen. Hier kann es oft mit Schwierigkeiten verbunden sein festzustellen, ob im Einzelfall eine Bindung eingetreten ist; denn ein gewisser Ermessensspielraum läßt sich nicht umgehen. Oft wird hierüber nur ein Gerichtsverfahren Klarheit verschaffen können. Ferner wird auch die beratende und beurkundende Tätigkeit des Notars in gewisser Weise erschwert. Allein diese praktischen Schwierigkeiten können nicht entscheidend sein, zumal sie keinesfalls überbewertet werden dürfen. Auch der Umstand, daß das erarbeitete Ergebnis in manchen Fällen falsche Hoffnungen, namentlich bei Abkömmlingen zu erwecken geeignet ist und somit u.U. zu einer Zunahme der Gerichtsverfahren führen kann 66.), vermag an der grundsätzlichen Anerkennung eines HÜVes. gemäß § 242 nichts zu ändern. Oft werden solche Verfahren auch schon deshalb nicht weiter durchgeführt zu werden brauchen, weil es an der Schlüssigkeit des Antrages fehlt. Abgesehen davon kann bei sachgerechter Vorbereitung und Leitung des Verfahrens die Rechtslage vielfach schon innerhalb einer Zeitspanne geklärt werden, die nicht länger als in anderen Zivilverfahren zu sein braucht; da es nämlich in erster Linie auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, vermag hierüber die Vernehmung der Parteien und solcher Zeugen, denen die Verhältnisse bekannt sind, alsbald Klarheit zu verschaffen 67.).

66.) Wieacker I S.119; dagegen BGHZ 23, 260 = RdL 57, 100; vgl. auch Humbert II S.164.

67.) Zu verfahrensrechtlichen Fragen bei den einschlägigen Hoffolgefällen s. OLG Schleswig i. Schleswig-Holsteinsche Anzeigen 1958, S.182 sowie BGHMDR 1959, 290 (Beweisfragen).

- 2 a.) In einem anderen Zusammenhang wurde bereits betont, daß in unseren Fällen dem inneren Willen des Hofeigentümers noch eine beschränkte Bedeutung beizumessen sei. Dies hat seinen Grund darin, daß die Anerkennung eines HÜVes. gemäß § 242 nicht zu einer Gefährdung des Prinzips der Testierfreiheit führen darf, die das Gesetz auch für den Bereich der bauerlichen Hoferbfolge grundsätzlich gewahrt wissen will ^{68.)}. Die Testierfreiheit besteht darin, über das eigene Vermögen von Todes wegen frei verfügen zu können. Eine die Testierfreiheit beseitigende Zwangsübertragung des Hofes, wie sie dem Reichserbhofrecht bekannt war, gibt es im Bereich der HO nicht mehr ^{69.)}. Demzufolge wird man sagen müssen, daß eine Bindung des Hofeigentümers auf der Grundlage von § 242 dann nicht eintreten kann, wenn er von vornherein einen einer Bindung entgegenstehenden Willen dem Hofanwärter gegenüber ^{70.)} unzweideutig kundgetan hat. Denn die Bejahung eines HÜVes. gemäß § 242 trotz kundgetanen entgegenstehenden Willens würde dem Grundsatz der Testierfreiheit widersprechen. Wollte man nämlich eine Bindung des Hofeigentümers eintreten lassen, obwohl er einen gegenteiligen Willen bekundet hat, so würde ihm damit die Möglichkeit genommen, das Schicksal des Hofes in den Fällen frei zu bestimmen, in denen sich der Hofanwärter trotz Kenntnis der einer Bindung entgegenstehenden Willensrichtung des

68.) Wöhrmann I S.126 f.

69.) Zur Zwangsübertragung s. Baumecker S.220 ff. Ferner Herminghausen S.128; Wieacker I S.115 f.; BGHRdL 52, 47 ff.

70.) Es muß auch genügen, wenn der Hofanwärter von dem einer Bindung entgegenstehenden Willen des Bauern nicht durch unmittelbare Kundgabe ihm gegenüber, sondern auf andere Weise erfahren hat.

Bauern auf die spätere Übernahme des Hofes endgültig eingerichtet hat ^{71.)}. Die Verneinung einer vertraglichen Bindung in derartigen Fällen ist darüber hinaus auch deshalb gerechtfertigt, weil der Hofanwärter, wenn er die innere Einstellung des Bauern kennt, freiwillig ein Risiko eingegangen ist, dessen Folgen er selbst zu tragen hat. In einem solchen Fall hat der Hofanwärter nicht vertraut im Sinne des § 242, so daß für den Treu- und-Glaubens-Grundsatz kein Platz ist ^{72.)}.

- b.) Aus dem Gesagten ergibt sich schon, daß der Hofeigentümer einen Bindungseintritt zu verhindern imstande ist. Und zwar kann er das in der Weise, daß er dem betreffenden Hofanwärter gegenüber rechtzeitig und eindeutig kundtut, daß er, nämlich der Eigentümer, sich in der Frage der Hoferbfolge noch nicht festlege. Gibt der Eigentümer dies nämlich rechtzeitig zu verstehen, so wird der Hofanwärter davon zurückgehalten, sein Leben ohne weiteres auf die spätere Übernahme des Hofes endgültig einzurichten. Er wird sich vielmehr alsbald nach einer anderen Existenzgrundlage unabhängig von dem Hof umschauen. Will aber der Bauer das verhindern, so kann er das nur, indem er sich gegenüber dem etwaigen Anwärter formgerecht verpflichtet, den Hof später zu übertragen ^{73.)}. Eine solche früh-

71.) Die Anerkennung des HÜVes gemäß § 242 trotz kundgetanen entgegenstehenden Willens des Hofeigentümers in Analogie zu dem in BGHZ 21, 319 (Parkplatzfall) entwickelten Rechtsgrundsatz, wonach im Bereich der Daseinsvorsorge auch bei entgegenstehendem geäußerten Willen durch die tatsächliche Benutzung als solche das Vertragsverhältnis zustandekommt, ist aus den oben S.96 ff. dargelegten Gründen nicht möglich.

72.) Zur Frage der Testierfreiheit in unserem Zusammenhang s. auch Wieacker I. S.123 f. u. II. S.290 f. Für eine Einschränkung der Testierfreiheit in den vorliegenden Erbfolge-

zeitige Bindung ist aus verschiedenen Gründen zu fördern 74.). Sie führt durchaus nicht zu einer Entmachtung des Bauern auf dem eigenen Hof; denn mit der Übernahme der Verpflichtung, den Hof

fällen spricht sich Rötelmann II S.1645 aus. Gegen ihn Schulte I S.178 mit der Begründung: "Entscheidend ist, daß ohne Willen des Eigentümers auch formlos keine Verpflichtung entsteht."

73.) Auch Wieacker II S.291, der im übrigen die einschlägige Rechtsprechung des BGH (s.o.S.32 ff.) ablehnt, strebt eine solche "formgerechte Weise herbeigeführte Bindung an. Er glaubt dieses Ziel dadurch erreichen zu können, daß er eine Verpflichtung zur Übergabe nur durch formgerechten Übergabevertrag zustande kommen läßt. Das ist m.E. nicht ganz folgerichtig: denn wenn der Bauer weiß, daß eine Verpflichtung für ihn nur durch formgerechten Vertrag entstehen kann, so führt das doch dazu, daß er den Hofanwärter weiterhin darüber im unklaren lassen kann, ob er den Hof später einmal erhält. Eben diese ungeklärte Rechtslage, die sich ausschließlich zuungunsten des Anwärters auswirkt, soll aber doch vermieden werden! Charakteristisch für diese Situation ist ein Satz Humberts II S.164: "Wenn schon die Erbfolge in einen Hof durch mündliche oder stillschweigende Erklärungen oder durch sozialtypisches Verhalten geregelt werden kann, weiß kein Bauer mehr, wie er sich gegenüber seinen heranwachsenden Kindern verhalten soll, wenn er einerseits ihre dringend benötigte Arbeitskraft auf dem Hof verwenden will, andererseits aber sich wegen der Erbfolge noch nicht binden will." In dieser Ansicht kommt eine einseitige Überbewertung der Interessen des Bauern zum Ausdruck. Diesem soll die Befugnis zugesprochen werden, die billige Arbeitskraft des Hofanwärters Jahre oder gar Jahrzehnte lang auszunutzen, und zwar ohne Rücksicht auf die etwaige Erwartung des Anwärters, er werde den Hof später einmal erhalten. Gleichzeitig soll der Eigentümer dann aber auch noch berechtigt sein, über den Hof unter Umgehung dieses Anwärters frei zu verfügen. Der Vermeidung eines derartigen Ergebnisses dient die Anerkennung eines HÜVes. nach § 242;

74.) BGHRdL 52, 47 ff.; BGHZ 12, 305 = RdL 54, 158.

später (oder beim Erbvertrag mit dem Tode) zu übertragen, verliert der Eigentümer nicht die Befugnis, den Hof bis zur Übertragung nach eigenem Gutdünken zu bewirtschaften. Andererseits hat aber eine derartige Bindung zur Folge, daß das Interesse des Übernehmers an der Bewirtschaftung des Hofes erheblich wächst, was dem Hof und der Allgemeinheit zugute kommt.

Die in Ausnahmefällen mögliche Anerkennung eines HÜVes. gemäß § 242 zeitigt somit die Nebenfolge, daß der Hofeigentümer, wenn er von dieser Möglichkeit weiß, frühzeitig eine Klärung der Rechtslage bezüglich der Nachfolge in den Hof herbeiführen wird, sei es, daß er seinen bindungsfeindlichen Willen rechtzeitig kundtut, sei es, daß er sich rechtzeitig formgerecht verpflichtet.

- 3.) Zweifelhaft ist noch, ob ein einmal gemäß § 242 entstandenes HÜV. dann wieder wegfallen kann, wenn die Sach- und Interessenlage, auf Grund deren das HÜV. zustande gekommen ist, sich nachträglich ändert. Es ist dies die gleiche Frage, freilich zugeschnitten auf das vorliegende Problem, die sich auch sonst für formwidrig abgeschlossene, jedoch nach § 242 ausnahmsweise wirksame Verträge ergibt ^{75.)}. Dabei ist es selbstverständlich, daß nach Erfüllung des gemäß § 242 entstandenen HÜVes. ein Wegfall der vertraglichen Bindung in diesem

75.) Der BGH bejaht für formlose rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, die ausnahmsweise gemäß § 242 wirksam sind, die Möglichkeit eines späteren Wegfalls der Bindung bei Vorliegen wichtiger Gründe, BGHZ 12, 308 = RDL 54, 158. Ebenso das OLG Hamm in RdL 57, 76. und OLG Schleswig in RdL 59, 72 (für den Fall des Todes des Hofanwärters). Auch Rötelmann II S. 1645 und Reinicke II S.644 sind dieser Auffassung. Einen gegenteiligen Standpunkt vertreten namentlich Gernkuber S.178, Wieacker II S.290 Fußnote 16

Sinne- etwa mit der rechtlichen Folge eines Kondiktionsanspruches des Übergebers - nicht mehr in Betracht kommt; denn da der geltenden Rechtsordnung ein derartiger Vorgang für vollzogene formgerechte Verträge unbekannt ist, kann er auch in unserem Zusammenhang nicht zulässig sein.

Zugunsten der Auffassung, ein späterer Wegfall der Bindung sei zuzulassen, spricht die Erwägung, daß dann alle tatsächlichen Verhältnisse und Umstände, so wie sie sich bis zum Zeitpunkt der Entscheidung entwickelt haben, berücksichtigt werden können. Andererseits läßt sich aber nicht übersehen, daß eine derartige Beurteilung große Unsicherheit verursacht. Es ließe sich nämlich nie mit Sicherheit sagen, ob nun endgültig eine Bindung eingetreten ist oder nicht; denn es sind durchaus Fälle denkbar, wo noch nach dem Zeitpunkt, mit welchem ein HÜV. gemäß § 242 als entstanden anzusehen ist, sich die Verhältnisse wesentlich ändern. Möglicherweise könnte eine der Parteien eine derartige Änderung sogar bewußt herbeiführen; beispielsweise dadurch, daß der Hofeigentümer absichtlich einen solchen Streit mit dem Hofanwärter vom Zaune bräche, der, falls er zeitlich vor der Entstehung des HÜVes. entstanden wäre, die Entstehung überhaupt verhindert hätte. Demnach wird man sagen müssen, daß ein einmal gemäß § 242 entstandenes HÜV. nachträglich nicht wieder wegfallen kann. Diese Ansicht vermeidet nicht nur Unsicherheit in der Frage des Bindungseintritts überhaupt; sie ergibt sich außerdem auch zwangsläufig aus der (weiter unten noch zu erörternden grundsätzlichen) Stellung des nach § 242 entstandenen HÜVes. in der

und auch wohl Gerckens S.164. Vermittelnd anscheinend Herminghausen S.153.

Gesamtrechtsordnung. Danach kann ein HÜV. gemäß § 242 nur mit den rechtlichen Mitteln beseitigt werden, die auch für durch Willenserklärungen zustande gekommene Vertragsverhältnisse Gültigkeit haben, wobei sich freilich aus der besonderen Natur des Entstehungsgrundes als eines nicht-rechtsgeschäftlichen Vorganges gewisse Einschränkungen ergeben. Folglich kann auch eine nach Entstehung des HÜVes. eintretende Veränderung der Verhältnisse allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Berücksichtigung finden.

Das gemäß § 242 entstandene HÜV. wird auch nicht dadurch wieder beseitigt, daß der Übergeber oder der Übernehmer nach der Entstehung des HÜVes., aber vor der Übertragung des Hofes stirbt 76.) . Zwar ist das persönliche Verhältnis zwischen beiden für die Entstehung mitbestimmend; ist jedoch erst einmal ein HÜV. gemäß § 242 zustande gekommen, so setzt sich dieses entsprechend den allgemeinen erbrechtlichen bzw. den besonderen höferechtlichen Grundsätzen 77.) fort. Auch das ist lediglich eine Schlußfolgerung aus der grundsätzlichen Stellung des HÜVes. gemäß § 242 in der Rechtsordnung.

76.) A.A. OLG Hamm in RdL 57, 75 f. für den Fall des Todes des Übernehmers bei formlos wirksamer rechtsgeschäftlicher Hoferbenbestimmung. Wie oben auch, freilich ebenfalls für den Fall des Vorliegens rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, Herminghausen S.135. Siehe ferner Roemer S.293.

77.) Zu der Frage, wie sich die Rechtslage im einzelnen gestaltet, wenn der Übergeber oder der Übernehmer vor der Übereignung stirbt, braucht in der vorliegenden Arbeit keine Stellung genommen zu werden. Denn dies ist eine Frage des allgemeinen Rechts, d.h. des Erbrechts und des Höferechts, sie hat mit unserem speziellen Problem nichts zu tun. Sie ist für ein gemäß § 242 zustande gekommenes HÜV. ebenso zu

- 4 a.) Abschließend bleibt noch zu erörtern, welche Bedeutung im hiesigen Rahmen der in § 242 genannten Verkehrssitte zukommt. Verkehrssitte ist die den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung^{78.)}. Sie ist zu unterscheiden von den Verkehrsschauungen, die in anderer Weise als die Verkehrssitte wirksam sind und lediglich einen Grund für deren Bildung abgeben können^{79.)}. Die Bedeutung der Verkehrssitte im Rahmen des § 242 besteht darin, daß sie bei denjenigen rechtlichen Maßnahmen, welche Treu und Glauben gebieten, mit zu berücksichtigen ist. Freilich sind Verkehrssitte und Treu und Glauben in § 242 nicht gleichwertig; in erster Linie ist immer Treu und Glauben ausschlaggebend^{80.)}. Lag die Bedeutung der Verkehrssitte demgemäß bisher darin, im Rahmen der herkömmlichen Funktionen des § 242 tätig zu sein, so muß sie entsprechend unserer Problemstellung bei der Frage mit berücksichtigt werden, ob die Übergabeverpflichtung des Hofeigentümers, d.h. ein HÜV. entsteht^{81.)}. Eine solche rechtliche Betrachtungsweise stellt keine unzulässige Änderung der Aufgaben der Verkehrssitte bei der Anwendung des Treu-und-Glauben-Grundsatzes dar; denn die Berücksichtigung der Verkehrssitte

beantworten wie für ein durch formgerechte Willenserklärung begründetes. Siehe hierzu Lange i. Lange-Wulff S.362 f.; Wöhrmann I S.248; Röttemann II S.1645.

- 78.) Danckelmann b. Palandt 3 zu § 157; Siebert i. Soergel A I 4 zu § 242; RGZ 49, 157; 135, 345.
- 79.) Hageböck S.38; vgl. auch Böhle-Stampschräder i. Erman 4 zu § 242.
- 80.) Hamburger S.14; Weber i. Staudinger Note 89 zu § 242.
- 81.) Über die Wirkung der Verkehrssitte außerhalb bestehender Schuldverhältnisse s. auch RG Recht 04, 17 Nr. 11.

ist ebensowenig an feste tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft wie der Treu-und-Glauben-Grundsatz selbst. Ihre Funktion ist vielmehr abhängig von der des Treu-und-Glauben-Satzes; wird diesem eine erweiterte Aufgabe zuerkannt, so ändert sich dementsprechend auch die Rolle der Verkehrssitte im Rahmen des § 242.

- b.) Was deren Inhalt und Bedeutung im Einzelfall betrifft, so ist ein Dreifaches wesentlich. Zunächst kommt es darauf an, ob eine bäuerliche Verkehrssitte dahingehend besteht, daß derjenige den Hof auch tatsächlich erhält, der sein ganzes Leben auf dessen spätere Übernahme eingestellt hat. Eine derartige Sitte dürfte ganz allgemein zu bejahen sein; denn es ist ständige Übung in bäuerlichen Kreisen, daß dem Betreffenden der Hof über kurz oder lang zufällt^{82.)}, und zwar in der Regel durch Vertrag. Ferner ist unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssitte beachtlich, ob der Bauer dem Hofanwärter den Hof gerade im Wege eines Übergabevertrages zu übertragen pflegt. Ist das nicht der Fall, sind z.B. in bestimmten Gegenden oder auch Familien nicht Übergabeverträge, sondern Erbverträge üblich^{83.)}, so wird mit Rücksicht auf diese Verkehrssitte ein HÜV. gemäß Treu und Glauben nicht ohne weiteres anzuerkennen sein, obwohl auch in solchen Fällen entsprechend dem grundsätzlichen Vorrang von "Treu und Glauben" vor der "Verkehrssitte" die Entscheidung letztlich nach Treu und Glauben zu fällen ist.

Endlich ist die Verkehrssitte auch noch bei

82.) So ausdrücklich Reinicke II S.644.

83.) Derartige Unterschiede sind im Rahmen der Verkehrssitte beachtlich. Vgl. Böhle-Stamm-schröder i. Erman 4 zu § 242; Danckelmann i. Palandt 3 zu § 157; RGR-Kom. 1 zu § 157 a.E.

der Frage zu berücksichtigen, zu welchem genauen Zeitpunkt der Übernehmer die Erfüllung des HÜVes., d.h. die Übertragung des Eigentums an dem Hof verlangen kann. Diese Frage kann bei einem nach § 242 zustande gekommenen HÜV. u.U. große Schwierigkeiten bereiten, da entsprechende Willensäußerungen durchweg fehlen werden und die Gefahr somit groß ist, daß das Interesse des Hofanwärters, den Hof möglichst bald zu erhalten, in dieser Hinsicht überbewertet wird. Grundsätzlich muß die Frage des Zeitpunktes der Übergabe nach den Umständen des konkreten Einzelfalles entschieden werden, wobei § 271 zu berücksichtigen ist. Je weniger Anhaltspunkte die Umstände jedoch vermitteln, desto größeres Gewicht erlangt die Verkehrssitte hierfür. Möglicherweise kann diese es also sein, die den genauen Zeitpunkt der Hofübertragung ergibt.

C.) Die Stellung des auf der Grundlage von § 242 entstandenen HÜVes. in der Gesamt-rechtsordnung.

- I 1.) Die Stellung des gemäß § 242 entstandenen HÜVes. im Rahmen der Gesamtrechtsordnung ist nunmehr genauer zu bestimmen. Das HÜV. nach § 242 stellt keinen neuen Vertragstyp dar; seine Besonderheit liegt lediglich darin, daß es auf nicht-rechtsgeschäftliche Weise zustande kommt. Danach ist seine Stellung dahin zu bestimmen, daß es dem durch Willenserklärungen begründeten HÜV. grundsätzlich gleichsteht. Das allgemeine Recht, namentlich das des BGB und der HO, wie auch das der landwirtschaftlichen Verfahrensordnung, findet Anwendung. Einschränkungen hierin ergeben sich lediglich aus der besonderen Natur des Entstehungsgrundes als eines nicht-rechtsgeschäftlichen Vorganges. Soweit also die geltenden gesetzlichen Bestimmungen

davon ausgehen, daß Willenserklärungen vorliegen, bedürfen sie für unseren Zusammenhang einer beschränkten Modifikation, falls ihre Anwendung nicht überhaupt praktisch ausgeschlossen ist. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, alle damit zusammenhängenden Einzelfragen grundlegend zu erörtern und abschließend zu klären. Brauchbare Lösungen werden im allgemeinen überhaupt nur an Hand praktisch zu entscheidender konkreter Fälle zu finden sein. Gleichwohl sollen aber wenigstens einige Andeutungen gegeben werden, auf deren Linie sich die zu findenden Lösungen zu bewegen haben werden.

- 2.) Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit können nur noch ihrem Grundgedanken nach Anwendung finden. Dieser besteht darin, den Schutz Minderjähriger^{84.)} zu gewährleisten. In welcher Weise sich dieser Grundgedanke im einzelnen auswirkt, kann nur im Zusammenhang mit dem Einzelfall entschieden werden. Ob er praktisch überhaupt bedeutsam zu werden vermag, ist mindestens zweifelhaft. Denn es sind wohl kaum Fälle denkbar, wo in der dargelegten Weise Treu und Glauben ausnahmsweise die Anerkennung eines HÜVes. gebieten und wo gleichzeitig der Unternehmer noch minderjährig ist. Ein Minderjähriger kann sich praktisch noch gar nicht endgültig auf die Hofübernahme eingerichtet haben; er wird immer noch in der Lage sein, sich eine andere Existenzgrundlage zu verschaffen^{85.)}. - Ebenso wird man die Frage

84.) Soweit die Bestimmungen den Schutz Geisteskranker und Entmündigter bezwecken, kann auf sie hier nicht näher eingegangen werden.

85.) Zutreffend hat in diesem Sinne das OLG Schleswig in Schl.-H.Anz. 58, 16 die Anerkennung eines formlos wirksamen (rechtsgeschäftlichen) HÜVes. schon deshalb abgelehnt, weil der

zu verneinen haben, ob ein minderjähriger oder gar geschäftsunfähiger Hofeigentümer in der dargelegten Weise gemäß § 242 gebunden werden kann. Abgesehen davon, daß bei Minderjährigkeit des Hofeigentümers kaum Fälle denkbar sind, in denen die tatsächlichen Verhältnisse und Umstände die Annahme einer Bindung gemäß § 242 erforderlich machen, steht einer solchen Bindung der in den §§ 106 ff. zum Ausdruck kommende Grundgedanke des Schutzes Minderjähriger entgegen. Aus jenem Grunde wird ferner die Frage, ob nicht immerhin mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ein HÜV. gemäß § 242 entstehen kann, kaum praktisch werden. Grundsätzliche Bedenken gegen die Entstehung eines HÜVes. gemäß § 242 mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters dürften indessen wohl nicht bestehen, so daß diese Möglichkeit rechtstheoretisch nicht auszuschließen ist.

Ob und inwieweit die Vorschriften über Willensmängel noch wenigstens sinngemäß anzuwenden sind, ist zweifelhaft. Auch das ist fallweise zu entscheiden. Eine grundsätzliche Ablehnung ihrer An-

fragliche Hofanwärter erst 8 1/2 Jahre alt war. Aus dem gleichen Grunde hat das OLG Celle in DNotZ. 58,160 ff. eine Bindung abgelehnt; es führt dabei aus: "Als der Beschwerdeführer (d.h. der Hofanwärter, der Verf.) den Hof zum letzten Male verließ, um Soldat zu werden, war er erst 21 Jahre alt. So jungen Kindern gegenüber bindet sich ein Hofeigentümer in der Regel noch nicht." Zwar wollen die genannten OLGe. eine Bindung des Eigentümers überhaupt nur in Betracht ziehen, wenn wenigstens formlose Willenserklärungen vorliegen. Beide lassen jedoch die Überwindung des Formmangels gemäß § 242 an dem zu geringen Alter der Hofanwärter scheitern. Dies deckt sich mit der oben im Text vertretenen Auffassung.

wendung ist weder zweckmäßig noch erforderlich. So erscheint es beispielsweise zulässig, den in § 123 I zum Ausdruck gelangten Gedanken auch in unserem Zusammenhang zu verwenden, dergestalt, daß eine etwaige Täuschung oder Drohung im Verhältnis von Hofeigentümer und Hofanwärter zur Folge hat, daß ein HÜV. gemäß § 242 entweder von vornherein überhaupt nicht entsteht oder aber wenigstens nach Entdeckung der Täuschung oder Wegfall der Drohung wieder wegfällt.

Auch andere Bestimmungen behalten ihre Gültigkeit, wenn auch z.T. in abgeänderter Form. Hierzu zählen z.B. der bereits erwähnte § 271 ^{86.)} und der unten (S. 184) in seiner Bedeutung noch zu erläuternde § 315. Als eine wichtige Norm, die weiterhin - jedenfalls im wesentlichen - wirksam bleibt, ist § 2289 anzusehen. Danach kann auch nach Entstehung eines HÜVes. gemäß § 242 der Bauer weder eine widersprechende Verfügung von Todes wegen über den Hof noch einen widersprechenden Hofübergabevertrag abschließen ^{87.)} Daß ferner beim vorzeitigen

86.) In welchem genauen Zeitpunkt ein HÜV. gemäß § 242 als entstanden anzusehen ist, wird sich oft nur schwer feststellen lassen. Stets ist dies eine Frage des Einzelfalles. Allgemein wird man nur sagen können, daß ein HÜV. auf der Grundlage von § 242 dann entstanden ist, wenn die tatsächlichen Verhältnisse und Umstände, die für die Entscheidung erheblich sind, im einzelnen eine solche Gestaltung angenommen haben, daß die Anerkennung einer Bindung nach § 242 erforderlich erscheint. Praktisch wird sich allerdings die Frage des Zeitpunktes der Entstehung von der Frage, ob überhaupt ein HÜV. gemäß § 242 zustande gekommen ist, wohl nicht trennen lassen.

87.) Siehe hierzu bereits oben S. 58 mit Fußnote 42. Vgl. auch OLG Hamm in RdL 58, 130.

Tod einer der Parteien das Erb- und Höferecht generell anzuwenden ist, wurde oben bereits erwähnt. Schließlich ist noch festzustellen, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Durchführung von schuldrechtlichen Verträgen auch auf das gemäß § 242 entstandene HÜV. anzuwenden sind. Allgemein gilt also der Grundsatz des rechtsgeschäftlichen Einzelvollzuges. Danach ist der Hofanwärter (Übernehmer) ua. berechtigt, vom Hofeigentümer die Auflassung der zum Hofe gehörenden Grundstücke sowie die Übertragung des sonstigen Zubehörs, soweit dieses nicht nach § 926 übergeht, zu verlangen.

II.) Wie das Recht des BGB, so behalten auch die Regeln der Höfeordnung ihre uneingeschränkte Gültigkeit. Das gilt sowohl ganz allgemein wie aber namentlich auch für die Vorschriften, die sich mit der Rechtslage bei Ehegattenhöfen (§ 8 HO) und beim Vorhandensein mehrerer Höfe (§ 9 HO) befassen. Wie sich die ausnahmsweise Anerkennung eines HÜVes. gemäß § 242 in diesen beiden Fällen auswirkt, soll im folgenden kurz dargelegt werden.

1 a.) Nach § 8 II 1 HO können bei einem Ehegattenhof ^{88.)} die Ehegatten den Hoferben gemäß § 7 HO gemeinsam bestimmen. Mit anderen Worten: Auch ein Ehegattenhof kann durch Übergabevertrag ^{89.)} auf den Anwärter übertragen werden, was freilich voraussetzt, daß sich die Ehegatten über die Person des Hoferben einig ^{90.)} sind. Nun ist es möglich,

88.) Über den Begriff des Ehegattenhofes s. Lange i. Lange-Wulff S.135 ff. u. Wulff i. Lange-Wulff S.221 ff.; Wöhrmann I S. 57 ff.

89.) Lange i. Lange-Wulff S.235 f.

90.) Die Rechtsnatur dieses gesetzlich geforderten "Einigsein" ist m.E. dahin zu bestimmen, daß es ein Vorgang tatsächlicher, also nicht-

daß sich der Hofanwärter ebenso wie bei einem im Alleineigentum stehenden Hof auch bei einem Ehegattenhof mit seinem ganzen Leben endgültig auf die spätere Übernahme des Hofes eingerichtet hat; dies kann in Kenntnis beider Ehegatten geschehen sein. Es fragt sich, ob in so einem Falle ein HÜV. zwischen den Ehegatten einerseits und dem Hofanwärter andererseits gemäß § 242 zustande kommt.

Das dürfte dann zu bejahen sein, wenn sich die Ehegatten tatsächlich von Anfang an darüber einig gewesen sind, daß der betreffende Anwärter den Hof erhalten soll; denn in diesem Falle unterscheidet sich die Sach- und Interessenlage nicht wesentlich von der entsprechenden bei in Alleineigentum stehenden Höfen. Auf seiten der Ehegatten liegt insoweit gewissermaßen ein einheitlicher Wille vor. Danach bestehen gegen die Anerkennung eines HÜVes. gemäß Treu und Glauben keine Bedenken ^{91.)}.

Man wird aber auch ferner dann die Entstehung eines HÜVes. gemäß § 242 anzunehmen haben, wenn der Anwärter darauf vertrauen durfte und konnte, daß sich die Ehegatten einig seien, obgleich sich nachträglich etwas anderes herausstellt. Fehlt es an dem Einigsein der Ehegatten, so kann zwar auf rechtsgeschäftlichem Wege ein HÜV. zwischen beiden Ehegatten und dem Anwärter nicht begründet werden. Gleichwohl wird man für unsere Fälle ein HÜV. auch bei fehlender Einigung zu bejahen haben; denn das

rechtsgeschäftlicher Art ist. Im übrigen siehe zur Frage des Einigseins Wulff i. Lange-Wulff S. 229; Wöhrmann I S.141.

- 91.) Daß ein Übergabevertrag über einen Ehegattenhof in Ausnahmefällen auch formlos wirksam sein kann, hat das OLG Hamm in einem un veröffentlichten Beschluß vom 30.1.1958 - 10 WLw 144/57 - grundsätzlich anerkannt.

Treu-und-Glauben-Prinzip erfordert, daß der Mangel der Einigung, der dem Anwärter erst nachträglich bekannt wird, gegenüber dessen nicht wieder rückgängig zu machenden Lebensentscheidungen zurücktritt, so daß ein HÜV. nach § 242 anzuerkennen ist.

Anders verhält es sich, wenn dem Hofanwärter das Nichteinigsein der Ehegatten von Anfang an bekannt war. In so einem Falle kann keinesfalls ein HÜV. zwischen beiden Ehegatten und dem Anwärter zustande kommen. Es greift vielmehr § 8 II 2 HO Platz, wonach beim fehlenden Einigsein derjenige Ehegatte, von dem der Hof stammt, den Hoferben mit Zustimmung ^{92.)} des Gerichts allein (durch Übergabevertrag) bestimmen kann. Für die Entstehung eines HÜVes. gemäß § 242 ist es danach ausreichend und erforderlich, daß die Voraussetzungen hierfür im Verhältnis zwischen dem nach § 8 II 2 HO Bestimmungsberechtigten und dem Anwärter vorliegen. Ist das der Fall und gibt darüber hinaus das Gericht seine Zustimmung, so steht der Annahme eines HÜVes. gemäß § 242 zwischen dem Bestimmungsberechtigten und dem Anwärter nichts im Wege.

- b.) Zweifelhaft ist, ob auch im Rahmen des § 8 III HO die Entstehung eines HÜVes. nach § 242 möglich ist. Nach dieser Bestimmung ist der überlebende Ehegatte, der kraft Gesetzes Hofvorerbe geworden ist ^{93.)}, befugt, den weiteren Hof (nach-)erben ^{94.)} allein zu bestimmen, sofern die Ehegatten

92.) Die gerichtliche Zustimmung hat sich sowohl auf die Bestimmung als solche wie auch auf deren Inhalt zu erstrecken; so Lange i. Lange-Wulff S.228; Wöhrmann I S.141.

93.) Der überlebende Ehegatte wird dann Hofvorerbe, wenn der Hof nicht von ihm stammt und außerdem hoferbenberechtigte Abkömmlinge vorhanden sind, § 8 I HO.

94.) Die h.M. will das Bestimmungsrecht des Hofvor-

dies nicht schon vor dem Tod des Erstversterbenden gemeinsam getan haben ^{95.)}. Im Unterschied zum Erbrecht des BGB kann somit der Hofvorerbe gewordene Ehegatte seinen Nacherben auswählen ^{96.)}, wobei der bestimmte Nacherbe nicht notwendig mit dem gesetzlich berufenen identisch zu sein braucht ^{97.)}. Die Bestimmung des Nacherben kann auch durch Übergabevertrag erfolgen ^{98.)}. Da nun die Voraussetzungen, die zur Bejahung eines HÜVes. gemäß § 242 führen, auch im Verhältnis zwischen Hofvorerben und einer Person, die zum Nacherben bestimmt werden kann, vorliegen können, ist auch in so einem Falle die Anerkennung eines HÜVes. nach § 242 möglich und zulässig; dessen Besonderheit ist darin zu erblicken, daß der Übernehmer nicht Hofvollerbe, sondern lediglich Hofnacherbe wird.

- 2.) Die Anwendung des § 242 als Entstehungsgrundlage in Fällen, wo mehrere Höfe im Sinne des § 9 HO vorhanden sind ^{99.)}, bereitet keine besonderen Schwierigkeiten. So wie der Eigentümer berechtigt ist, einen einzelnen der Höfe durch Übergabevertrag zu übertragen ^{100.)}, so kann auch ein HÜV.

erbe gewordenen Ehegatten insofern einschränken, als zum Hofnacherben nur ein Mitglied der gesetzlichen Hoferbenordnungen nach dem erstverstorbenen Ehegatten bestimmt werden könne. So Lange i. Lange-Wulff S.235; Wöhrmann I S. 143; OGHBrZ. 3, 173.

95.) Lange i. Lange-Wulff S.235; Wöhrmann I S.142.

96.) Lange i. Lange-Wulff S.235; Wöhrmann I S.143.

97.) Wöhrmann I S.144

98.) Lange i. Lange-Wulff S.235 f.

99.) Ob im Einzelfall "mehrere Höfe" vorliegen, ist Tatfrage. Es ist dann zu bejahen, wenn jede Grundbesitzung für sich die Voraussetzungen des § 1 HO aufweist; Lange i. Lange-Wulff S.245; Wöhrmann I S.148.

100.) Wöhrmann I S.150.

gemäß § 242 über einen einzelnen der Höfe zur Entstehung kommen. Neben den allgemeinen Voraussetzungen kommt hier freilich noch dazu, daß sich der Anwärter darauf eingerichtet haben muß, einen ganz bestimmten Hof zu übernehmen. Ist das der Fall, so kann in Ausnahmefällen über den betreffenden Hof ein HÜV. auf der Grundlage des § 242 entstehen. Praktisch wird ein solches HÜV. jedoch nur dann anzuerkennen sein, wenn der Hofanwärter, sofern er nicht gerade diesen Hof erhielte, überhaupt leer ausgehen würde, dann z.B., wenn für die übrigen Höfe bereits die Hoferben bestimmt sind. Solange der Hofanwärter noch begründete Aussicht hat, einen der anderen Höfe zu erhalten, wird man ein HÜV. nach § 242 kaum annehmen können.

III.) Eine grundsätzliche Einordnung des gemäß § 242 entstandenen HÜVes. in die Gesamtrechtsordnung ist nicht möglich, ohne daß gleichzeitig die Frage beantwortet wird, ob die ausnahmsweise erfolgende Anerkennung eines HÜVes. nach § 242 die Schaffung eines weiteren landwirtschaftlichen Sonderrechtssatzes bedeutet. Eine derartige Rechtsfortbildung unter Abweichung von den allgemeingültigen Normen wäre nur dann vertretbar, wenn sie im allgemeinen Interesse unerläßlich erschiene 101.). Aus der Tatsache allein, daß sich die vorliegende Untersuchung auf den in der HO geregelten Übergabevertrag beschränkt, ist noch nicht zu folgern, daß es sich bei der Anerkennung des Treu-und-Glauben-Grundsatzes als Entstehungsgrundlage für HÜVe. um eine spezifisch höferechtliche Erscheinung handelt, so wie z.B. das Prinzip der Vererbung des Hofes auf nur eine Person lediglich für das Höferecht Gültigkeit beansprucht.

101.) Pikalo S.194.

Vielmehr ist bei der Beantwortung der Frage von dem Gesichtspunkt auszugehen, daß der Rechts-satz von Treu und Glauben die gesamte Rechtsordnung beherrscht. Wenn aber diesem umfassenden Rechtsprinzip für den Bereich der bäuerlichen Hoferbfolge die Kraft innewohnt, ein HÜV. zustande zu bringen, so wird man dasselbe grundsätzlich auch für Vertragsverhältnisse innerhalb anderer Rechtsbereiche anzunehmen haben. Freilich ist mit diesem Grundsatz noch nicht viel gewonnen. Zunächst kommt die Anerkennung des § 242 als Entstehungsgrundlage für Vertragsverhältnisse auch in diesen weiteren Fällen nur ausnahmsweise in Betracht. Ferner ist jeweils im Hinblick auf den einzelnen Vertragstyp zu prüfen, ob dessen Besonderheiten nicht überhaupt der Anwendung des § 242 in diesem Sinne entgegenstehen. Endlich ist noch festzustellen, daß die Annahme eines Vertragsverhältnisses auf Grund von § 242 außer beim HÜV. wohl kaum praktisch werden wird; denn die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür dürften in anderen Lebensbereichen nur äußerst selten zu finden sein. Allenfalls wird für den Bereich der bäuerlichen Hoferbfolge noch zu erwägen sein, ob nicht auch ein Erbvertrag auf der Grundlage des § 242 zustande kommen kann.

Daß es gerade der Bereich der bäuerlichen Hoferbfolge ist, der zur Anerkennung eines nicht-rechtsgeschäftlichen (Hofübergabe-) Vertragsverhältnisses zwingt, hängt mit den besonderen Verhältnissen dortselbst zusammen ^{102.)}. Hier ist das Schwergewicht der tatsächlichen Verhältnisse und Umstände, die einer rechtlichen Ordnung bedürfen, besonders groß; in Fällen wie den unserigen handelt es sich durchweg um von den Beteiligten

102.) Auf diesen Gesichtspunkt hat namentlich Schulte I S.178 und VI S.362 hingewiesen, aller-

gestaltete Sach- und Interessenlagen, die nicht wieder rückgängig gemacht werden können ^{103.)}. Derartige Situationen dürften in anderen Lebensbezirken kaum vorkommen.

Somit ergibt sich, daß die ausnahmsweise Anerkennung eines HÜVes. nach § 242 kein landwirtschaftliches Sonderrecht darstellt, daß aber § 242 praktisch nur im Bereich der bäuerlichen Hoferbfolge als Entstehungsgrundlage in Betracht kommt.

dings lediglich im Hinblick auf das Problem der Überwindung des Formmangels bei Übergabe- und Erbverträgen.

103.) Siehe oben S.130 mit Fußnote 38

K a p i t e l V

=====

Altenteile und Abfindungen bei einem gemäß § 242

=====

entstandenen HÜV.

=====

A.) Grundsätzliches.

Begriffswesentlicher Inhalt eines Hofübergabevertrages ist nur die Verpflichtung, den Hof mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge zu übertragen. Dementsprechend enthält ein auf der Grundlage von § 242 entstandenes HÜV. im Normalfall lediglich diese eine Pflicht. Es erschiene auch nicht zulässig, weitere Pflichten (und Rechte) als Bestandteile eines gemäß § 242 entstandenen HÜVes anzusehen; das würde durch die gegebene Sach- und Interessenlage nicht mehr gerechtfertigt werden können.

Ausgehend von dieser Erwägung sind die Fragen des Altenteils und der Abfindungen bei einem nach § 242 entstandenen HÜV. zu lösen. Altenteil und Abfindungen sind für den Bauern und die weichenenden Erben von ebensolcher Wichtigkeit wie die Übernahme des Hofes für den Anwärter. Deshalb pflegen gewöhnlich auch alle Fragenbereiche gleichzeitig in einem Übergabevertrag geregelt zu werden. Ohne Altenteil würden der Hofeigentümer und sein Ehegatte auf die gesetzlichen Unterhaltsansprüche des BGB (§§ 1601 ff.) angewiesen sein, ein Ergebnis, das ebensowenig befriedigt, wie im Regelfall die Verweisung der weichenenden Erben auf die gesetzlichen Abfindungsansprüche.

Im folgenden soll die grundsätzliche Lösung dieser Probleme erörtert werden, ohne dabei alle

Einzelfragen zu klären, was den Rahmen der Arbeit sprengen würde und durchweg auch am besten an Hand konkreter Streitfälle auf der Grundlage der darzulegenden grundsätzlichen Lösung geschehen kann. Ziel der rechtlichen Lösung hat zu sein, in Übereinstimmung mit dem Prinzip der Testierfreiheit dem Hofeigentümer im Hinblick auf die Bestimmung der Altenteile und Abfindungen eine ebenso starke Stellung zu geben, wie er sie hätte, wenn er noch nicht an die gemäß § 242 entstandene Verpflichtung zur Hofübergabe gebunden wäre. In einem derartigen Falle würde er einen Hofübergabevertrag nur abschließen, d.h. eine Übergabeverpflichtung nur dann eingehen, wenn der Übernehmer sich zur Leistung solcher Altenteile und Abfindungen bereit erklärte, die seinem, des Hofeigentümers, Willen entsprächen 1.) . Mithin muß dem Hofeigentümer auch bei einem HÜV. gemäß § 242 die Befugnis zugesprochen werden, Altenteil und Abfindungen nach eigenem Willen festzusetzen 2.) ; keinesfalls darf der Übernehmer rechtlich in der Lage sein, die Leistung des Altenteils und der Abfindungen überhaupt zu verweigern 3.) .

-
- 1.) Treffend in diesem Sinne sagt Herminghausen S.125: "Oft scheitert der Abschluß eines Übergabevertrages allein daran, daß der Betriebsinhaber sich mit seinem künftigen Nachfolger über die Höhe der Abfindungen nicht einigen kann".
 - 2.) Auch Herminghausen S.126 fordert, daß es dem Eigentümer überlassen bleiben müsse; in welcher Weise er von seinem Recht, die Abfindungen zu bestimmen, Gebrauch machen wolle.
 - 3.) Diese Befürchtung äußert auch Wieacker I S. 121 im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zur Frage des formlos wirksamen Übergabevertrages.

B.) Das Altenteil des Übergebers und seines Ehegatten.

I.) Die Entstehung der Verpflichtung des Übernehmers zur Leistung des Altenteils.

In einer großen Zahl der Fälle, in denen ein HÜV. gemäß § 242 zustande gekommen ist, wird der Übernehmer bereit sein, ein Altenteil sowohl an den Übergeber wie auch an dessen Ehegatten freiwillig zu leisten, und zwar ohne Rücksicht auf eine etwaige formelle Verpflichtung hierzu, rein aus einem sittlichen Verpflichtungsgefühl heraus. Oft wird der Übernehmer sich auch bereit erklären, die Fragen des Altenteils vertraglich mit dem Bauern zu regeln. Diese Fälle sind jedoch in unserem Zusammenhang ohne Bedeutung. Hier kommt es in erster Linie darauf an, dem Bauern auch dann ein Altenteil zu gewähren, wenn der Übernehmer dessen freiwillige Leistung verweigert. In solchen Fällen muß dem Bauern ein Recht auf Leistung eines Altenteils zustehen.

Da hierfür eine rechtsgeschäftlich-vertragliche Begründung nicht in Betracht kommt, verbleibt nur der eine Weg, den die Rechtsordnung zur Begründung von Pflichtenstellungen kennt, nämlich der über § 242. Über diese Vorschrift ist im Verlauf der bisherigen Untersuchungen bereits alles Erforderliche gesagt worden. Hier genügt der erneute Hinweis, daß § 242 die Kraft hat, Pflichten - und entsprechend: Rechte - ins Leben zu rufen. Demgemäß muß auch in den vorliegenden Hoferbfolgefällen der Treu-und-Glauben-Satz die Verpflichtung des Übernehmers zur Altenteilsleistung an den Bauern und seinen Ehegatten zustande zu bringen fähig sein. Zwar entsteht eine derartige Verpflichtung nicht immer schon dann, wenn auch ein HÜV.

gemäß § 242 anzuerkennen ist. Vielmehr ist entscheidend die Gestaltung des einzelnen Falles. Eine Verpflichtung zur Leistung des Altenteils wird beispielsweise dann zu bejahen sein, wenn der Hofeigentümer und sein Ehegatte zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes auf das Altenteil angewiesen sind, also kein sonstiges Vermögen besitzen. Aber auch bei vorhandenem Vermögen dürfte eine Pflicht zur Altenteilsleistung gemäß § 242 anzunehmen sein, wenn der Bauer glaubhaft dartut, er habe nicht vorgehabt, von seinem sonstigen Vermögen seinen Lebensabend zu bestreiten, oder wenn dem Bauern die Verwendung desselben für diesen Zweck nicht zuzumuten ist.

Rechtskonstruktiv ist noch zu bemerken, daß die Verpflichtung zur Altenteilsleistung kein selbständiges Schuldverhältnis darstellt, sondern Bestandteil des gemäß § 242 entstandenen HÜVes. ist. Das folgt aus dem Gesichtspunkt, daß sie in einem unlösbaren wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang mit dem HÜV. steht und somit gleichsam in Ausführung und Vervollständigung desselben entstanden ist. Insoweit gleicht sie den ebenfalls auf § 242 beruhenden Nebenpflichten.

II.) Die Bestimmung des Inhalts der Verpflichtung zur Altenteilsleistung.

Mit der Anerkennung einer Verpflichtung zur Leistung des Altenteils nach Treu und Glauben steht noch nicht fest, welchen Inhalt diese Verpflichtung hat. Hierfür kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht.

- 1.) Nach § 14 II HO steht dem überlebenden Ehegatten, der nicht Hoferbe geworden ist, unter bestimmten Voraussetzungen ein gesetzliches Altenteil zu. Dessen Umfang richtet sich nach dem, was "in solchen Verhältnissen" üblich ist. Entscheidend

sind also Größe und Leistungskraft des Hofes 4.). Man könnte meinen, daß entsprechend dieser gesetzlichen Regelung dem übergebenden Hofeigentümer und seinem Ehegatten gemäß § 242 ein solches gesetzliches Altenteil zustünde.

Dem stehen aber zwei Gesichtspunkte entgegen. Einmal wird erfahrungsgemäß ein Altenteil zu den gesetzlichen Bedingungen niemals vereinbart 5.); denn die Parteien haben aus vielen Gründen stets Sonderwünsche, denen die gesetzliche Regelung nicht gerecht wird. Und zum anderen würde die Annahme eines gesetzlich bestimmten Altenteils auch dem festgelegten Ausgangspunkt widersprechen, nämlich dem Hofeigentümer die Möglichkeit zu gewähren, den Inhalt des Altenteils nach eigenen Vorstellungen zu bestimmen. 6.)

- 2.) Aus den gleichen Erwägungen wäre es auch verfehlt, ein Altenteil mit ortsüblichem Inhalt anzunehmen 7.). Abgesehen von den Schwierigkeiten, die es bereiten würde festzustellen, ob überhaupt und bejahendenfalls welche ortsüblichen Gewohnheiten bestehen, verkennt diese Auffassung, daß die unterschiedlichen Vermögens- und Familienverhältnisse der jeweiligen bäuerlichen Familie die nähere Ausgestaltung des Altenteils ganz wesentlich mit-

4.) Lange i. Lange-Wulff S.299; Wöhrmann I S.191.

5.) So auch Humbert I S.1858; Roemer S.289; Schulte I. S.180.

6.) Auch Rötelmann II S.1645 und Herminghausen S.125 wollen für den Fall eines formlos wirksamen (rechtsgeschäftlichen) Übergabevertrages ein gesetzliches Altenteil bejahen, obgleich sie davon ausgehen, daß, wie Rötelmann sagt, "kaum jemals Näheres in Aussicht genommen sein dürfte". Diese Konstruktion scheitert nicht nur daran, daß gesetzliche Altenteile nie vereinbart zu werden pflegen, sondern auch daran, daß sie mit der Unterstellung eines solchen fiktiven Willens den wahren Willen des Hofeigentümers unbeachtet lassen.

7.) So aber Schulte I S.180 bei einem formlos

beeinflussen^{8.)}; es gibt also wohl kaum in diesem Sinne ortsübliche Gepflogenheiten. Darüber hinaus würde die Annahme eines ortsüblichen Altenteils aber auch die individuellen Wünsche des Hofeigentümers unberücksichtigt lassen^{8.)}.

- 3.) Abzulehnen ist endlich auch die Ansicht, wonach die Landwirtschaftsgerichte im Streitfalle befugt sein sollen, den Umfang des zu leistenden Altenteils festzustellen^{9.)}. Zwar bestünde in so einem Falle die Möglichkeit, alle Besonderheiten des einzelnen Falles zu berücksichtigen. Aber das könnte wiederum, entgegen dem Prinzip der Testierfreiheit, ohne oder sogar gegen den Willen des Hofeigentümers geschehen; denn entscheidend wären nicht dessen Wünsche und Vorstellungen, sondern die des Gerichts. Als ausschlaggebend ist jedoch gegen eine derartige Befugnis der Landwirtschaftsgerichte vorzubringen, daß für sie die gesetzliche Grundlage fehlt. Die Gerichte allgemein, so auch die Landwirtschaftsgerichte, dürfen nur tätig werden, wenn es im Gesetz vorgesehen ist. Allein eine Vorschrift, die das Landwirtschaftsgericht zur Festsetzung des Altenteils berechtigt, besteht nicht. Somit würde eine derartige gerichtliche Maßnahme mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen sein.

- 4.) Die Bestimmung des Inhalts des Altenteils

wirksamen Hofübergabevertrag, sofern er keine Vereinbarung über das Altenteil enthält.

- 8.) Humbert I S.1858; Roemer S.289.

- 9.) Diese Ansicht vertritt der BGH für die Fälle, wo ein gemäß § 242 formlos wirksamer Übergabevertrag ohne eine Vereinbarung über das Altenteil vorliegt, BGHZ 23, 262 = RdL 57, 101. Gegen diese Auffassung auch Herminghausen S.125.

hat auf folgende Weise zu geschehen: Auszugehen ist davon, daß Treu und Glauben nur die Verpflichtung zur Leistung des Altenteils als solche zustande bringen; deren Inhalt liegt vorerst noch nicht fest. Eine derartige inhaltlich noch nicht näher umrissene Verpflichtung kann auch auf rechtsgeschäftlichem Wege begründet werden ^{10.)}; dabei können die Parteien dann gleichzeitig vereinbaren, wer die Leistung näher bestimmen soll. In so einem Falle greift dann § 315 Platz, wonach die Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

Entsprechendes hat auch in den vorliegenden Fällen zu gelten. Mit der Bejahung einer inhaltlich noch näher auszugestaltenden Pflicht zur Altenteilsleistung ist gleichzeitig auch die Anerkennung der Befugnis des Hofeigentümers verbunden, die inhaltliche Ausgestaltung des Altenteils für sich und seinen Ehegatten vorzunehmen. Ausgehend von der allgemeinen Erwägung, daß auch auf das gemäß § 242 entstandene HÜV. das allgemeine Recht anzuwenden ist, ergibt sich diese Befugnis aus der auf die Besonderheiten eines nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrundes zugeschnittenen Anwendung des § 315. Diese Lösung vermeidet die Nachteile der obendargelegten Ansichten und berücksichtigt darüber hinaus die Interessen des Übergebers ebenso wie die des Übernehmers. Jener kann den Gesamtinhalt des Altenteils durch einseitige Erklärung nach billigem Ermessen bestimmen. Grundlage hierfür ist die Verkehrssitte ^{11.)} d.h. in unseren Fällen die in bäuerlichen Kreisen herrschende Sitte. Der Hofeigentümer

10.) Siehe hierzu Enn.-Lehmann § 5; Danckelmann
1. Palandt 1 zu § 315.

11.) Enn.-Lehmann § 5 Fußnote 2; Danckelmann
1. Palandt 2 b zu § 315.

ist also - im Rahmen der Verkehrssitte und der Billigkeit - bei der Bestimmung frei; das angestrebte Ziel, ihn mit Rücksicht auf die Testierfreiheit bei der Bestimmung so zu stellen wie beim rechtsgeschäftlichen Abschluß eines Übergabevertrages, ist demnach gewährleistet. Gleichzeitig hat aber auch der Übernehmer die Möglichkeit, sich gegen eine unbillige Festsetzung des Altenteils seitens des Bauern zu wehren; er kann nämlich, sofern die Festsetzung unbillig ist, gemäß § 315 das Gericht anrufen, das seinerseits dann den Inhalt bestimmt 12.)

Die gemäß § 315 vorgenommene Bestimmung des Altenteils bedeutet keinen Verstoß gegen § 2289, wonach eine nach dem Zustandekommen eines HÜVes. errichtete Verfügung von Todes wegen unwirksam ist, soweit sie das Recht des Übernehmers beeinträchtigt. Denn zunächst erscheint es schon zweifelhaft, ob die gemäß § 315 abgegebene Erklärung überhaupt eine letztwillige Verfügung oder nicht vielmehr ein gemäß § 2286 zulässiges Rechtsgeschäft unter Lebenden darstellt. Allein selbst dann, wenn die Erklärung nach § 315 unter § 2289 fiele, so läge doch keine Beeinträchtigung des Rechtes des Übernehmers im Sinne dieser Vorschrift vor. Denn die Verpflichtung zur Altenteilsleistung, sofern eine solche im Einzelfall nach Treu und Glauben zu bejahen ist, kommt im gleichen Zeitpunkt wie das HÜV., deren Bestandteil sie ja auch ist, zustande; ihre Entstehung fällt also nicht in die Zeit nach dem Zustandekommen des HÜVes., so daß begrifflich

12.) Eine derartige gerichtliche Bestimmung ist von der vom BGH angestrebten (s.o. S. 184) grundsätzlich verschieden; für sie ist in § 315 III 2 eine klare gesetzliche Grundlage gegeben.

keine nachträgliche Beeinträchtigung vorliegen kann, wie § 2289 sie gerade verbietet ^{13.)}.

Die Abgabe der Erklärung nach § 315 bedeutet vielmehr lediglich eine nähere Ausgestaltung der unabhängig von der Erklärung bereits bestehenden Verpflichtung, die ihrerseits zwar eine Beeinträchtigung, aber eben keine nachträglich entstandene bedeutet. § 2289 trifft somit nicht zu.

C.) Die Abfindungen der weichenden Erben.

In gleicher Weise wie bei der Frage des Altenteils sind hinsichtlich der Abfindungsansprüche der weichenden Erben diejenigen Fälle in unserem Zusammenhang ohne Bedeutung, in denen der Übernehmer freiwillig bereit ist, nach Entstehung eines HÜVes. gemäß § 242 solche Abfindungen an die weichenden Erben zu leisten, die dem Willen des Hofeigentümers entsprechen. Ferner scheiden diejenigen Fälle aus, wo der Hoferbe sich bereit erklärt, über die Abfindungsansprüche mit dem Übergeber oder den weichenden Erben entsprechend dem Willen des Übergebers vertragliche Vereinbarungen zu treffen. Denn beide Male wird hier dem Willen des Hofeigentümers Rechnung getragen. Es kommt aber darauf an, diesem Willen auch dann rechtliche Geltung zu verschaffen, wenn der Übernehmer nicht bereit ist, die vom Eigentümer gewünschten Abfindungen zu zahlen. Es gilt also, dem Hofeigentümer die rechtliche Befugnis zu gewähren, auch noch nach der Entstehung eines HÜVes. auf der Grundlage tatsächlicher Verhältnisse die Abfindungsansprüche der weichenden Erben nach seinem Willen und seinen Vorstellungen zu regeln.

Abfindungsansprüche sind schuldrechtliche

13.) Rechenmacher i. Palandt 1 b zu § 2289.

Geldzahlungsansprüche, die den Miterben anstelle ihres Erbtheiles an dem Hof, der nur einem Erben, dem Hoferben, zufällt (§ 4 HO), gegen diesen zustehen. Wer weicherer Miterbe in diesem Sinne ist, richtet sich nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften ^{14.)}. Zuhnen zählen namentlich auch die anderen Abkömmlinge des Übergebers. Wie oben erwähnt, ist der Hofeigentümer imstande, die Abfindungsansprüche sowohl durch Übergabevertrag wie auch durch Verfügung von Todes wegen frei auszugestalten ^{15.)}, wodurch gleichzeitig die Entstehung der gesetzlich festgelegten Abfindungsansprüche verhindert wird, § 12 HO.

I.) Die grundsätzliche Wirkung des § 2289 bei einem gemäß § 242 entstandenen HÜV.

Ein gemäß § 242 entstandenes HÜV. enthält aus den oben dargelegten Gründen keine Bestimmung über die Abfindungsansprüche. Demnach könnte man meinen, daß der Bauer berechtigt sei, auch noch nach der Entstehung des HÜVes. die Abfindungen frei festzusetzen, und zwar durch einseitige Verfügung von Todes wegen. Das ist jedoch zweifelhaft. Denn wie auf das durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung begründete HÜV., so findet auch auf das gemäß § 242 zustande gekommene die Vorschrift des § 2289 Anwendung. In beiden Fällen ist der Übergeber mit- hin gehindert, solche testamentarischen oder erbvertraglichen Anordnungen zu treffen, durch die das Hoferbrecht des Übernehmers beeinträchtigt würde. Der Überlasser kann also namentlich nicht einen neuen Übergabe- oder Erbvertrag über den Hof in seiner Gesamtheit mit einer anderen Person als dem

14.) Wulff i. Lange-Wulff S.172 f. und Lange i. Lange-Wulff S.225; Wöhrmann I S.90 u. 160.

15.) So ausdrücklich auch Kipp-Coing § 137 C IV 5.

Übernehmer schließen. Tut er es gleichwohl, so kommt diesen späteren Rechtsgeschäften keine Wirksamkeit zu.

Aber auch letztwillige Verfügungen, die die Regelung von Abfindungsansprüchen zum Gegenstand haben, sind gemäß § 2289 in gleicher Weise unwirksam. Mit anderen Worten: Schließt der Hofeigentümer durch Willenseinigung einen Übergabevertrag und wird darin keine Regelung der Abfindungen getroffen, so stehen den weichenden Erben nur die in § 12 HO näher bezeichneten Abfindungsansprüche zu 16.). Errichtet der Hofeigentümer nach Abschluß des Übergabevertrages eine Verfügung von Todes wegen, in der er die Abfindungsansprüche höher als in § 12 HO festsetzt, so hat das eine nachträgliche Beeinträchtigung des Hoferbrechts des Übernehmers zur Folge, so daß die Verfügung gemäß § 2289 unwirksam ist. Das gleiche gilt für eine Verfügung, die bereits vor dem Abschluß eines Übergabevertrages errichtet worden ist; auch diese ist unwirksam, soweit sie eine Beeinträchtigung des Hoferbrechts des Übernehmers bewirkt.

II.) Restriktive Auslegung des § 2289, soweit er einer nachträglichen Bestimmung der Abfindungen seitens des Übergebers durch einseitige Verfügung von Todes wegen entgegensteht.

Es ist jedoch fraglich, ob diese auf § 2289 beruhende Rechtslage, soweit sie die Abfindungsansprüche regelnden letztwilligen Verfügungen be-

16.) So Lange i. Lange-Wulff S.353; etwas anderes ist es, wenn die Auslegung eine Beschränkung der weichenden Erben auf den gesetzlichen Pflichtteil oder eine Enterbung ergibt. Siehe hierzu Wulff i. Lange-Wulff S.327; Wöhrmann I S. 242; ganz allgemein: RGR-Kom. 2 zu § 2303; Rechenmacher i. Palandt 2 zu § 2303.

trifft, auch bei einem auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage entstandenen HÜV. als vorliegend anzusehen ist. Die gemäß §§ 2289 eintretende Unwirksamkeit einer das Recht des Hoferben beeinträchtigenden Verfügung von Todes wegen ist bei einem durch rechtsgeschäftliche Willenseinigung begründeten HÜV. gerechtfertigt. Denn hier folgt sie für die nachträglich errichtete Verfügung aus dem Wesen der vertraglichen Hoferbenbestimmung, das es dem Hofübergeber, wenn er sich einmal gebunden hat, untersagt, sich ohne Einverständnis des Vertragspartners, d.h. des Übernehmers, durch Errichtung einer widersprechenden letztwilligen Verfügung von dieser Bindung wieder loszusagen ^{17.)}. Hinsichtlich einer früheren letztwilligen Verfügung beruht die Unwirksamkeit auf dem allgemeinen erbrechtlichen Gesichtspunkt, daß letztwillige Verfügungen, sofern der Erblasser an sie nicht bereits gebunden ist ^{18.)}, frei widerruflich sind (§§ 2253 ff.) ^{19.)}. Diese Gesichtspunkte, die bei einem rechtsgeschäftlichen HÜV. die Unwirksamkeit der das Hoferbrecht beeinträchtigenden letztwilligen Verfügung zu rechtfertigen vermögen, greifen jedoch bei einem gemäß § 242 entstandenen HÜV. nicht durch. Hier tritt die Bindung nicht durch einen entsprechenden Willen des Hofeigentümers, sondern gemäß § 242 auf Grund tatsächlicher Verhältnisse ein. Im Unterschied zum rechtsgeschäftlichen Abschluß eines Übergabevertrages, der dem Übergeber Gelegenheit zur Regelung der Abfindungen gibt, hat bei einem HÜV. gemäß § 242 der

17.) BGHNJW 58, 498; vgl. auch RGR-Kom. 3 vor § 2274; Leopold S.249.

18.) RGR-Kom. 1 zu § 2289; Leopold S.263; Rechenmacher i. Palandt 1 a zu § 2289.

19.) Leopold S.65 f.; Rechenmacher i. Palandt 1 zu § 2253; RGR-Kom. 2 zu § 2253.

Übergeber hierzu also noch keine Gelegenheit gehabt. Deshalb wäre es ein unbefriedigendes Ergebnis, wenn man dem Hofeigentümer die Befugnis verwehren wollte, die Abfindungsansprüche der weichenden Erben so festzusetzen, wie es seinem Willen entspricht. Das würde nicht nur eine über die Anerkennung eines HÜVes. gemäß § 242 hinausgehende ungerechtfertigte Bindung des Bauern, sondern darüber hinaus auch in den Fällen, wo die den weichenden Erben zustehenden gesetzlichen Abfindungsansprüche unverhältnismäßig niedrig wären ^{20.)}, eine Benachteiligung der weichenden Erben zugunsten des Übernehmers bedeuten. Die bei einem HÜV. gemäß § 242 gegebene Sachlage unterscheidet sich somit wesentlich von derjenigen, die der Gesetzgeber im Auge hatte, als er den § 2289 schuf und ebenfalls von derjenigen, die die Rechtsprechung und Wissenschaft in Erwägung zog, als sie sich nach und nach für eine Anwendung des § 2289 auf Übergabeverträge entschloß ^{21.)}.

Die Interessenlage bei einem rechtsgeschäftlich entstandenen HÜV. ist, soweit es um die Abfindungen der weichenden Erben geht, eine andere als die bei einem HÜV. nach § 242; aus diesem Grunde bedarf die Anwendung des § 2289 insoweit

20.) Die gesetzlichen Abfindungsbeträge werden gemäß § 12 HO nach dem steuerlichen Einheitswert des Hofes errechnet. Da dieser jedoch im allgemeinen erheblich sowohl unter dem Verkehrs- wie auch dem Ertragswert des Hofes liegt, fallen die Abfindungsansprüche entsprechend niedrig aus. Das ist in bäuerlichen Kreisen von Anfang an als unbefriedigend empfunden worden. Vgl. Herminghausen S. 125 und OLG Hamm 1. RdL 57, 264.

21.) Siehe zu dieser Entwicklung Wöhrmann I S.236. Zuletzt eindeutig für eine Anwendung des § 2289 auf Übergabeverträge Herminghausen S.117. Soweit ersichtlich, wird der Anwendung nicht mehr widersprochen.

einer Einschränkung. Mit anderen Worten: § 2289 ist restriktiv dahin auszulegen, daß er auf ein gemäß § 242 entstandenes HÜV. nicht anzuwenden ist, soweit er einer Regelung der Abfindungsansprüche seitens des Übergebers durch Verfügung von Todes wegen entgegensteht. Das gilt in erster Linie für solche Verfügungen von Todes wegen, die nach der Entstehung des HÜVes. gemäß § 242 errichtet werden; auf diese ist die Vorschrift des § 2289 nicht anzuwenden, soweit sie die Abfindungen regeln, so daß sie wirksam sind ^{22.)}. Der Hofeigentümer ist also befugt, noch nach der Entstehung des HÜVes. die Abfindungsansprüche der weichenenden Erben durch Verfügung von Todes wegen, namentlich aber durch einseitiges Testament, zu regeln ^{23.)}. An diese

-
- 22.) Die Befugnis des Hofeigentümers, noch nach der Entstehung eines HÜVes. auf der Grundlage von § 242 die Abfindungen durch letztwillige Verfügung festzulegen, ließe sich auch noch auf eine andere Weise dogmatisch begründen. Nach einer viel zitierten Reichsgerichtsentcheidung - RGZ 134, 325 ff. - liegt eine "Beschränkung" des Rechtes des Hoferben im Sinne des § 2289 nicht vor, wenn der Hoferbe der nachträglichen Errichtung einer letztwilligen Verfügung in entsprechender Anwendung des § 183 zustimmt. Mit Rücksicht auf die besondere Interessenlage bei einem HÜV. wird man gemäß § 242 eine Verpflichtung des Hoferben zur Zustimmung im dargelegten Sinne anzunehmen haben. Ist aber eine solche Verpflichtung zur Zustimmung stets als vorliegend anzusehen, so muß der Hofeigentümer von vornherein, ohne zuvor auf die Abgabe der Zustimmungserklärung klagen zu müssen, berechtigt sein, durch letztwillige Verfügung die Abfindungen abweichend von § 12 HO festzusetzen, freilich nur bis zur Umschreibung des Hofes (s. die folg. Anm.). Für die angeführte Reichsgerichtsentcheidung u.a. Rechenmacher i. Palandt 1 b zu § 2289; RGR-Kom. 2 zu § 2289.
- 23.) Zweifelhaft ist, bis zu welchem Zeitpunkt eine derartige Regelung der Abfindungsansprüche erfolgen kann. Gemäß § 17 II HO werden bei einem Übergabevertrag mit einem hoferbenberechtigten Abkömmling die Abfindungsansprüche der weichenenden Erben mit der Umschreibung des Hofes auf

Regelung ist der Unternehmer dann gebunden. Aber auch eine vor der Entstehung des HÜVes. gemäß § 242 errichtete letztwillige Verfügung, die die Abfindungsansprüche festlegt, kann grundsätzlich bestehenbleiben. Zwar wird ein solcher Fall kaum vorkommen, gänzlich ausgeschlossen ist er jedoch nicht. Denkbar wäre es z.B., daß ein Hofeigentümer bezüglich des Hofes den gesetzlichen Erbfall eintreten lassen will und deshalb nur die Abfindungsansprüche der Erben, die nicht Hoferben werden, in einer letztwilligen Verfügung regelt. Wird aber in so einem Falle die gesetzliche Erbfolge durch die Entstehung eines HÜVes. gemäß § 242 verhindert, so müßte bei uneingeschränkter Anwendung des § 2289 die frühere letztwillige Verfügung mit der Ent-

den Unternehmer fällig (s.o. S.53 Anm. 29). Wenn im Übergabevertrag nichts Abweichendes bestimmt ist, können von diesem Zeitpunkt an die weichen Erben die gesetzlichen Abfindungsansprüche aus § 12 HO geltend machen. Man wird demzufolge annehmen müssen, daß nach der Umschreibung des Hofes auf den Hoferben eine Regelung der Abfindungen im oben dargestellten Sinne nicht mehr möglich ist. Denn dadurch würden die einmal entstandenen gesetzlichen Abfindungsansprüche nachträglich einseitig geändert werden können, was nicht zulässig erscheint. Und ferner hätte das bei einer etwaigen Festsetzung der Abfindungen über den Rahmen des § 12 HO hinaus für den Hoferben, der ja inzwischen Eigentümer geworden ist und in dieser Eigenschaft die Abfindungen zu zahlen hat, nachträglich eine zusätzliche Belastung zur Folge, die er bei der Umschreibung des Hofes noch nicht voraussehen konnte. Der Hoferbe würde also unter Umständen solche Abfindungen zu leisten haben, angesichts deren er, wenn er sie vor der Umschreibung gekannt hätte, auf der Umschreibung möglicherweise nicht bestanden hätte (freilich wäre ein einseitiger Verzicht seitens des Hoferben nicht möglich; denn auch er ist an das gemäß § 242 entstandene HÜV gebunden). Aus alledem folgt, daß eine Regelung durch den Unternehmer vom Zeitpunkt der Entstehung des HÜVes nach § 242 an bis zur Umschreibung des Hofes auf den

stehung des HÜVes. gleichzeitig ohne weiteres unwirksam werden. Ein solches Ergebnis wäre jedoch nicht gerechtfertigt; denn der Gesichtspunkt der freien Widerrufbarkeit einseitiger letztwilliger Verfügungen kann hier mit Rücksicht darauf, daß das Zustandekommen eines HÜVes. auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage keinen Widerruf seitens des Übergebers darzustellen vermag, da dessen Wille unbeachtlich ist, nicht durchgreifen.

Zusammenfassend ist festzustellen: Eine die Abfindungen der weichenenden Erben regelnde letztwillige Verfügung, die der Hofeigentümer vor der Entstehung eines HÜVes. gemäß § 242 errichtet hat, bleibt wirksam. Der Hofeigentümer ist berechtigt, nach Entstehung eines HÜVes. gemäß § 242 die Abfindungsansprüche der weichenenden Erben durch letztwillige Verfügung einseitig zu regeln.

III.) Analoge Anwendung von § 17 Abs. II und III HO.

Mit diesem Ergebnis ist das angestrebte Ziel, dem Hofeigentümer auch bei einem auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhenden HÜV. entsprechend dem Prinzip der Testierfreiheit die Möglichkeit zu freier Festsetzung der Abfindungen zu gewähren, erreicht. Dabei besteht zu der oben dargelegten Lösung der Altenteilsfrage ein grundsätzlicher Unterschied. Die gemäß Treu und Glauben entstehende Altenteilsverpflichtung des Übernehmers ist rechtskonstruktiv ein Bestandteil des gemäß § 242 zustande gekommenen HÜVes, Dagegen ist die

Übernehmer zulässig ist (Darüber, daß auch eine vor der Entstehung des HÜVes. gemäß § 242 getroffene Bestimmung der Abfindungen wirksam ist, so. im Text)..

letztwillige Verfügung , durch die der Hofeigentümer die Abfindungen festsetzt, rechtsbegrifflich von dem fraglichen HÜV. zu trennen. Es handelt sich bei ihr um ein selbständiges Rechtsgeschäft.

- 1.) Trotzdem läßt sich nicht übersehen, daß durch die die Abfindungsansprüche regelnde letztwillige Verfügung ein Lebensvorgang geordnet wird, der mit demjenigen, der durch das HÜV. als solches geordnet wird, in einem untrennbaren Zusammenhang steht. Aus dieser Einheitlichkeit des Lebensvorganges ergibt sich eine bedeutsame rechtliche Konsequenz. Eine letztwillige Verfügung wird ihrem Wesen entsprechend erst mit dem Tode des Erblassers wirksam. Auf unseren Fall angewendet, hieße das, daß die weichenden Erben erst mit dem Tode des Hofeigentümers ihre Abfindungsansprüche, die der Hofeigentümer in der letztwilligen Verfügung abweichend von § 12 HO festgesetzt hat, geltend machen könnten. Daraus ergäbe sich ein grundsätzlicher Unterschied zu den in einem Übergabevertrag geregelten Abfindungsansprüchen. Diese können gemäß § 17 II HO, sofern sie Abkömmlingen zustehen und der Hof an einen hoferbenberechtigten Abkömmling übergehen wird, schon mit der Übergabe, d.h. Übereignung^{24.)} des Hofes geltend gemacht werden; denn die Übertragung des Hofes gilt zugunsten der weichenden Abkömmlinge als Erbfall. Die Bestimmung des § 17 II HO ist jedoch auf die letztwillige Verfügung, in welcher die Abfindungsansprüche nachträglich im dargelegten Sinne festgesetzt werden, entsprechend anzuwenden. Die Berechtigung hierzu ergibt sich aus der erwähnten Einheitlichkeit des Lebensvorganges. Demnach können die aus der letztwilligen Verfügung berechtigten weichenden Ab-

24.) Siehe Wöhrmann I S.242; Lange i. Lange-Wulff S.274; BGHZ 1, 343 ff. (347 ff.).

kömmlinge - freilich nicht die übrigen weichenden Erben, wie z.B. der Ehegatte - ihre Abfindungen mit der durchgeführten Übertragung vom Hoferben verlangen.

- 2.) Der Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des Lebensvorganges macht es ferner erforderlich, auch § 17 III HO auf die die Abfindungen festlegende Verfügung von Todes wegen anzuwenden. Denn ebenso wie die in einem rechtsgeschäftlich begründeten HÜV. enthaltene Regelung der Abfindungsfrage gemeinsam mit dem Übergabevertrag der Genehmigung bedarf, ist eine Genehmigung auch für die fragliche letztwillige Verfügung des Hofeigentümers erforderlich. Hierdurch wird gleichzeitig gewährleistet, daß der Bauer von seinem Recht zur einseitigen Abfindungsfestsetzung keinen unangemessenen Gebrauch macht; denn gemäß Ziff. 5 c Art. III der VO Nr. 84 kann die Genehmigung versagt oder unter einer Auflage erteilt werden, wenn die Abfindungen volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind ^{25.)}. Darüber hinaus wird man aber auch sagen müssen, daß der Hofeigentümer die nachträgliche Festsetzung der Abfindungsansprüche nur im Einklang mit Treu und Glauben vorzunehmen berechtigt ist und daß das Gericht auch bei einem Verstoß gegen diesen Grundsatz die Genehmigung verweigern muß.

25.) Siehe Wöhrmann I S.232; Lange i. Lange-Wulff S.360 f. u. 240.

Lebenslauf

Am 25. Juni 1933 wurde ich als Sohn des Rechtsanwaltes und Notars Wilhelm Thole und seiner Ehefrau Anita geb. Zerhusen in Vechta (Niedersächsischer Verwaltungsbezirk Oldenburg) geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach 4-jährigem Volksschulbesuch kam ich auf die Staatliche Oberschule in Vechta, an der ich am 28. Februar 1952 die Reifeprüfung (humanistischer Zweig) bestand. In Bonn (SS 52, WS 52/53), Hamburg (SS 53), Münster (WS 53/54) und wiederum Bonn (SS 54, WS 54/55, SS 55) sowie Münster (WS 57/58 nach der 1. juristischen Staatsprüfung) studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften. Am 9. Juni 1956 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Oldenburg die 1. juristische Staatsprüfung. Am 1. August 1956 wurde ich zum Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Oldenburg ernannt.

